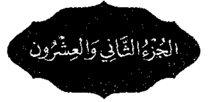


للإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي

(٥٥٥هـ - ٦٢٣هـ)



من كتاب الدعاوى والبينات إلى نهاية كتاب أمهات الأولاد

حقق هذا الجزء

الدكتور يحيى حسين مساوى المباركي

راجعه ودققه وأشرف على إخراجه وقدم له

الأستاذ الدكتور محمد عبد الرحيم سلطان العلماء




بسم الله الرحمن الرحيم

العزيز في شرح الوجيز

العزيز في شرح الوجيز

وهو الشرح الكبير

تأليف : الإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي

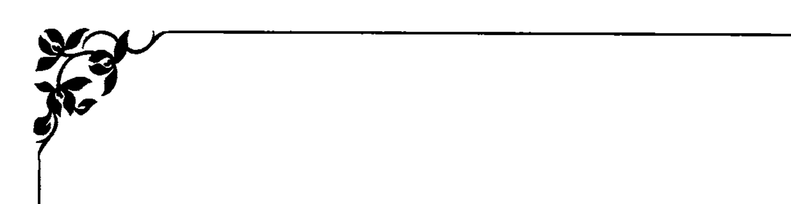
الطبعة الأولى : ١٤٣٧هـ - ٢٠١٦م

طبع بموجب إذن طباعة من المجلس الوطني للإعلام بدولة الإمارات

رقم (١٩٢٩٧) تاريخ (١٤/ ١٠/ ٢٠١٤م)



ص.ب: ٤٢٠٤٢ دبي - الإمارات العربية المتحدة
هاتف: ٢٦١٠٦٦٦ ٤ ٩٧١ +
فاكس: ٢٦١٠٠٨٨ ٤ ٩٧١ +
الموقع على الإنترنت : www.quran.gov.ae
البريد الإلكتروني : research@quran.gov.ae



كتاب الدعاوى والبينات





قال حجة الإسلام رحمه الله:

(كتاب الدَّعاوى[1] والبيِّنات

ومَجامعُ الخُصوماتِ تدورُ على خمسة: الدَّعوى والجواب، واليمين، والنّكول، والبيِّنة.

الأول: الدَّعوى:

وفيه مسائل:

الأولى: فيمَن يحتاجُ إلى الدَّعوى، ومن غُصِبَ منه شيءٌ وقَدِرَ على استردادِه قَهراً من غيرِ تحريكِ فتنة، جازَ له ذلك، ولم يلزَمه الرَّفعُ إلى القاضي، فإن كانَ حقُّهُ[2] عقوبةً، فلا بدَّ من الرَّفعِ إلى القاضي، وإن كانَ حقُّه ديناً، ومن عليه مُقِرٌّ مُماطل، فلا بدَّ من رفعِه، وإن كانَ يتعذَّرُ رفعُه بتَعزُّزِه، أو تَواريه، فإن ظَفِرَ بجنسِ حقِّه فله أخذُه، وإن كانَ قد ظَفِرَ بغيرِ جنسِ حقِّه فقولان).

---

(١) ينظر تعريف الدعاوى، من كتب اللغة: «معجم مقاييس اللغة» (٢/ ٢٨٠)، «لسان العرب» (٤/ ٣٥٩) وما بعدها، مادة (دعا)، و«المصباح المنير» (١/ ١٩-١٩٦).
ومن كتب الفقه: «التعريفات» للجرجاني ص١٠٤، و«المطلع على أحكام المقنع» ص٤٠٢، و«شرح الجلال المحلي» (٤/ ٣٣٤)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٤٦١)، و«نهاية المحتاج» (٨/ ٣١٤) حيث قال: «الدعوى: جمعها دعاوي بفتح الواو وكسرها، وهي لغة: الطلب ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَهُم مَّا يَدَّعُونَ﴾ [يس: ٥٧]، وألفها للتأنيث».
وشرعاً: إخبارٌ عن وجوب حقٍّ على غيره عند حاكم.

(٢) قوله: (حقُّه) ليس في (أ) و(ظ).

يقال ادعيت على فلان كذا ادعاء. والاسم الدعوى، والادعاء: افتعال من الدعوة، كأن المدعي يدعو المدعى إلى نفسه، ولا يشترط في وقوع اسم المدعي على شخص من جهة اللغة أن يكون المدعى في يد غيره، أو ذمته، بل يقع الاسم عليه، مع كون الشيء عنده، منه الادعاء في الحرب، وهو الاعتزاز، بأن يقول: أنا فلان[١] ابن فلان.

وقيل: الدعوى في اللغة، التمني، ومنه قوله عزّ وجلّ: ﴿وَلَهُم مَّا يَدَّعُونَ﴾ [يس: ٥٧][٢]. وأما لفظ البينة فهي بينة[٣].

والأحاديث التي هي أصول الباب مشهورة، نحو ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما، أن النبي ﷺ قال: «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر»[٤]. ويروى قبله:

---

(١) في (أ): (أنا ابن فلان) وهو الصحيح. قال ابن فارس في «معجم مقاييس اللغة» (٢/ ٢٨٠): «والادعاء في الحرب: الاعتزاء، وهو أن تقول: أنا ابن فلان. قال: «ونجرٌّ في الهيجاء الرماح وندّعي».

(٢) وفي (ي): ﴿وَلَكُمْ فِيهَا مَا تَدَّعُونَ﴾ [فصلت: ٣١].

(٣) البينة، انظر تعريفها لغة: «لسان العرب» (١/ ٥٥٦٢) وما بعدها، و«القاموس المحيط» (٤/ ٣٠٦)، و«المصباح المنير» (١/ ٧٠).
وشرعاً، انظر: «شرح الجلال المحلي» (٤/ ٣٣٤)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٤٦١)، و«نهاية المحتاج» (٨/ ٣١٤) حيث قال: «وهم الشهود، سموا بذلك، لأن بهم يتبين الحق».

(٤) الحديث: أخرجه الترمذي (٢/ ٢٩٩)، حديث (١٣٥٦) من أبواب الأحكام، باب ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، ورواه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، باللفظ الذي أورده الرافعي ...، وقال عنه: «هذا حديث في إسناده مقال».
ومتفق عليه بلفظ: «قضى باليمين على المدّعى عليه»، أخرجه البخاري (٢/ ١١٦) - (١٥٩)، من كتاب الرهن، باب إذا اختلف الراهن والمرتهن ونحوه. وأخرجه مسلم «بشرح النووي» (١٢/ ٣)، كتاب الأقضية، باب اليمين على المدعى عليه.
وانظر: «البدر المنير» (٢/ ٤٤٩)، و«التلخيص» (٤/ ٢٠٨) حيث ذكر له روايات متعددة ...، ثم قال: «وإسناده ضعيف».

«لو أعطي الناس بدعواهم، لادّعى ناسٌ دماء قوم وأموالهم»[١]. ويروى: أن رجلًا من حضرموت وآخر من كندة، أتيا رسول الله ﷺ، فقال الحضرمي: «يا رسول الله، إن هذا غلبني على أرضٍ لي كانت لأبي»، فقال الكندي: «هي أرضي في يدي، أزرعها، ليس له فيها حق»، فقال النبيّ ﷺ للحضرمي: «ألك بينة؟»، قال: «لا»، قال: «فلك يمينه»، قال: «يا رسول الله، إن الرجل فاجرٌ لا يبالي على ما حلف عليه»، قال: «ليس لك منه إلا ذلك»[٢].

هذا تمهيد الكتاب: قال حجة الإسلام: (ومـجامع الخصومات تدور على خمسة: الدعوى، والجواب، واليمين، والبينة، والنكول)، وذلك لأن المتخاصمين في الخصومات الشرعية:

أحدهما: طالب، وطلب[٣] الحق: هو الدعوى، وحجته عليه: البينة.

---

(١) الحديث: متفق عليه. انظر: المصادر السابقة.

(٢) الحديث أخرجه مسلم، «مختصر المنذري» ص٢٦٨ حديث (١٠١٧) من كتاب الأيمان، باب من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه وجبت له النار، (تحقيق الألباني، من منشورات لجنة إحياء السنة، مصر، أسيوط)، (أخذت من «المختصر»، لعدم ورود هذا الحديث في «صحيح مسلم» «بشرح النووي»).
وأخرجه أبو داود (٣/ ٢٢١)، من كتاب الأيمان والنذور، باب فيمن حلف يميناً ليقتطع بها مالاً لأحد.
والترمذي (٢/ ٣٩٨)، من كتاب أبواب الأحكام، باب ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، ثم قال: «حديث وائل بن حجرٍ حديث حسن صحيح». اهـ وانظر: «البدر المنير» (٢/ ٤٤٩)، و«التلخيص» (٤/ ٢٠٨).
والحضرمي، هو: وائل بن حجر بن سعد بن مسروق، صحابي جليل، وكان من ملوك اليمن، مات في خلافة معاوية. انظر: «التقريب» (٢/ ٣٢٩).
والكندي: هو امرؤ القيس بن عابس، واسمه ربيعة. انظر: «التلخيص» (٤/ ٢٠٨).
أقول: بل الحديث في صحيح مسلم: في كتاب الإيمان، باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة (١/ ١٢٣) رقم ١٣٩ وهو موجودٌ كذلك في شرح النووي على صحيح مسلم (٢/ ١٥٩) خلافاً لما ذكره المعلق عفا الله عنّي وعنه وعن سائر المسلمين. (م ع).

(٣) في (ز) و(ظ): (وطلبه).

والآخر مطلوب منه، فإن أجاب بالإقرار فذاك، وإن أنكر فحجته عليه اليمين، فإن نكل لم يقنع منه بذلك، بل ترد اليمين على الطالب.

فكلام الكتاب في بيان هذه الأمور الخمسة وأحكامها:

الأول: الدعوى: وفيه مسائل:

أحدها: في أن المستحق متى يحتاج إلى المرافعة والدعوى، والحق: إما عقوبة، أو مال.

إن كان عقوبة، كالقصاص، وحد القذف، فلا بد فيه من الرفع إلى القاضي[1]؛ لعظم خطره، والاحتياط في إثباته أولاً، واستيفائه على ما تقتضيه السياسة، وزجر الناس ثانياً. وإن كان مالاً، فهو إما عين، أو دين: إن كان عيناً، فإن قدر على استردادها من غير تحريك فتنة، استقل به، وإلا فلا بد من الرفع.

وأما الدين، فإن كان من عليه مقراً غير ممتنع من الأداء، فيطالبه ليؤدي، وليس له أن يأخذ شيئاً من ماله؛ لأن الخيار في تعيين المال المدفوع إلى من عليه، فإن خالف وأخذ شيئاً من ماله رده، فإن تلف عنده وجب ضمانه، فإن اتفقا جاء خلاف التقاص.

وإن لم يكن كذلك، فإما أن يمكن تحصيل الحق منه بالقاضي، أو لا يمكن: إن لم

---

(١) في (أ) و(ي): (الحاكم).

وقوله: (إلى القاضي)، قد يفهم أنها لا تصح عند غيره، وليس مراداً، بل السيد يسمع الدعوى على رقيقه وإن لم يكن قاضياً، وكذلك المحكَّم إذا رضيا بحكمه، وكذا الوزير والأمير ونحوهما.

ويستثنى من اشتراط الدعوى عند القاضي صورتان:

إحداهما: قتل من لا وارث له أو قذفه، إذ الحق فيه للمسلمين، فيقتل بشهادة الحسبة، ولا يحتاج إلى دعوى الحسبة، بل في سماعها خلاف.

ثانيهما: قتل قاطع الطريق الذي لم يتب قبل القدرة عليه، لايشترط فيه دعوى، لأنه لا يتوقف على طلب. اهـ. انظر: «مغني المحتاج» (٤/ ٤٦١).

يمكن، بأن كان منكراً، ولا بينة لصاحب الحق، فله أن يأخذ جنس حقه، من ماله إن ظفر به، ولا يأخذ غير الجنس وهو ظافر بالجنس.

وفي «التهذيب»[١] وجه: أنه يجوز.

وإن لم يجد إلا غير الجنس: حكى جماعة من الأصحاب ـ منهم الفوراني والإمام[٢] وصاحب الكتاب[٣] ـ في جواز الأخذ قولين:

أحدهما: المنع؛ لأنه لا يتمكن من تملكه، وليس له أن يبيع مال غيره لنفسه.

والثاني: الجواز[٤]، وهو الذي أورده عامة الأصحاب؛ لما روي عن عائشة رضي الله عنها: أن هنداً قالت: «يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح، وإنه لا يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه سراً، وهو لا يعلم، فهل عليَّ في ذلك شيء؟» فقال النبيّ ﷺ: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»[٥]، جوز لها الأخذ من غير فرق بين الجنس وغير الجنس.

وقال أبو حنيفة: يأخذ جنس حقه، ولا يأخذ غير الجنس إلا أن يكون حقه الدراهم، فيأخذ الدنانير، وبالعكس.

وعن أحمد: أنه لا يأخذ الجنس، ولا غير الجنس[٦]، وهذه رواية عن مالك، والأشهر عنه: أنه إن لم يكن على المديون دينٌ آخر، فله أخذه، وإن كان فلا يأخذ إلا قدر حصته.

---

(١) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٣٥١).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ١٩٠-١٩١).

(٣) انظر: «الوجيز» (٢/ ٢٦٠).

(٤) وهو المذهب. انظر: «المهذب» (٢/ ٣٩٦)، و«الروضة» (١٢/ ٣)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٤٦٣).

(٥) الحديث سبق تخريجه في باب القضاء على الغائب (١٢/ ٣٥٤).

(٦) قوله: (ولا غير الجنس) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

وإن أمكن تحصيل الحق بالقاضي، بأن كان مقراً، لكنه يمتنع عن الأداء، أو كان منكراً وللمستحق بينة، فهل يستقل بالأخذ، أم تجب المرافعة؟ فيه وجهان:

أحدهما: المنع من الاستقلال، كما لو أمكنه تحصيل الحق بالمطالبة، والتقاضي.

ومن قال بهذا، قال: لو كان منكراً، ولا بينة، لكن صاحب الحق يرجو إقراره، لو أحضره عنده القاضي، وعرض عليه اليمين، وجب إحضاره أيضاً.

وأصحهما ـ على ما ذكر القاضيان أبو الطيب والروياني، ويحكى عن أبي إسحاق وابن أبي هريرة ـ: أنه يجوز الاستقلال؛ لحديث هند، فإنه ﷺ لم يأمرها بالمرافعة؛ لأن في المرافعة مؤونة ومشقة وتضييع زمانٍ. والمذكور في الكتاب هو الوجه[1] الأول.

وقوله: (وإن تعذر رفعه بتعززه، أو تواريه، فإن ظفر بجنس حقه، فله أخذه)، والحكم على ما ذكره منوط بتعذر رفع الخصم إلى القاضي.

وعلى هذا، فالغائب كالمتعزز، والمتواري، وكذلك هو في كلام الإمام[2].

وناط صاحب «التهذيب»[3] وغيره الحكم بتعذر تحصيل الحق لا بتعذر رفع الخصم، وقضيته: أن يكون الغائب، والمتواري، والمتعزز، كالحاضر المقر؛ لإمكان تحصيل الحق منهم، بإقامة البينة عند القاضي.

ولا بأس لو أعلم قوله: (فله أخذه) بالميم والألف؛ لما سبق. والله أعلم.

* * *

---

(١) انظر: «الوجيز» (٢/ ٢٦٠)، و«العزيز» (١٣/ ١٤٧) هامش (٦)، و«الروضة» (١٢/ ٣) حيث قال: «جاز الأخذ على المذهب، وبه قطع الجمهور».

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ١٩٠).

(٣) «التهذيب» للبغوي (٤/ ٢٦٥).

قال:

(فإن[١] قُلنا: يأخذ، فيرَفعُه إلى القاضي حتى يبيعَ في حقِّه بعدَ إقامةِ البيِّنةِ على أنه يَستحِقُّ المال، وقيل: إنه يَستقِلُّ بالبيعِ بجنسِ حقِّه، وقيل: بل يَتملَّكُ من العَينِ بمقدارِ حقِّه. ولو تَلِفَ قبلَ البيعِ والتَّملُّكِ فهو من ضمانِه، وإن لم يُبادِر إلى البيع حتى نقصت القيمة فهو محسوبٌ عليه، وإن لم يَظفَر إلا بمتاعٍ[٢] يساوي أكثَر من حقِّه، لم يَضمَن الزِّيادةَ إن تَلِفَت[٣]؛ لأنه معذور في أخذه، حتى لو نَقبَ الجدارَ ليأخذَه، فليسَ عليه أرشُ النَّقب. وفيه وجه: أنه يضمنُ الزِّيادة. ولو كانَ حقُّه دراهمَ صحاحاً، فأخذَ المُكسَّرة، ورضي بها جاز، ولو كانَ بالعكس، لم يُجز إلا أن يبيعَ بالدَّنانير، ويشتري[٤] بها جنسَ حقِّه. ولو جَحَدَ من عليه الحقّ، وله على المُستحِقِّ مثلُه، جازَ أن يجحدَ أيضاً، ولم يَحصُلِ الـتَّقاصّ؛ للضَّرورة).

مهما جاز للمستحق أن يأخذ مال من عليه، فلو لم يصل إلى المال إلا بكسر الباب، ونقب الدار مُكن منه ليصل إلى حقه، ولا يضمن ما فوته، كمن لم يقدر على دفع الصائل، إلا بإتلاف ماله فأتلفه، لا يضمن.

ونقل بعضهم وجهاً: أنه يضمن.

---

(١) في (ي): (وإن).

(٢) قوله: (بمتاع) ليس في (أ).

(٣) في (ي): (وإن تلف).

(٤) في (ي) و(ز): (فيشتري).

ثم إذا كان المأخوذ من جنس الحق فله تملكه، وإن لم يكن من جنسه، لم يكن له التملك. وحكى الإمام[١] وجهاً: أنه يتملك منه بقدر حقه، ويستقل بالمعاوضة، كما يستقل بالتعيين عند أخذ الجنس. والمشهور: الأول[٢].

وما الذي يُفعل به[٣]؟ أيرفعه إلى القاضي ليبيعه أو يستقل ببيعه؟ فيه وجهان، ويقال قولان:

أحدهما: أنه يرفع الأمر إليه، وإلا فكيف يلي التصرف في مال غيره لنفسه.

والثاني: أنّ له أن يبيعه بنفسه، وامتناع من عليه[٤] يسلطه على البيع، كما يسلطه على الأخذ. وإيراد الكتاب يقتضي ترجيح الأول.

إلا أن العراقيين والقاضي الروياني وأبا الحسين العبادي ذكروا: أن الأصح الثاني.

وبه أجاب صاحب «التهذيب»[٥]، لكن فيما إذا كان القاضي جاهلًا بالحال، ولا بينة للأخذ.

وأما إذا كان القاضي عالماً: فظاهر المذهب أنه لا يبيعه إلا بإذنه.

وبنى الشيخ أبو محمد ـ في «السلسلة» ـ الخلاف في المسألة على الخلاف في أن ملتقط اللقيط، إذا وجد معه مالاً مشدوداً على ثوبه، وأراد إنفاقه عليه، هل يرفع الأمر إلى القاضي أم يستقل به؟ هكذا وضع الخلاف في الإنفاق، ويُحكى مثل هذا عن القفال.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ١٩٢).

(٢) وهو المذهب. وانظر: «الروضة» (١٢/ ٤)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٤٦٣).

(٣) قوله: (به) ليس في (ز).

(٤) قوله: (عليه) ليس في (أ).

(٥) «التهذيب» للبغوي (٤/ ٦٣).

لكن المذكور في باب اللقيط[١]: أنه لا يستقل بالإنفاق[٢]، من غير التعرض لخلاف فيه، وإنما الخلاف في أنه هل يستقل بالحفظ؟

فإن ألزمنا الآخذ[٣] رفع الأمر إلى القاضي، فهل للقاضي أن يأخذ له في بيعه، أو يفوضه إلى غيره؟ وحكى الشيخ أبو حاتم القزويني فيه وجهين، والأشبه الأول.

وكيف طريقهُ عند الرفع؟ ذكر في الكتاب: أن القاضي يبيعه عليه، بعد إقامة البينة على استحقاق المال، وهذا يُبطل فائدة تجويز البيع عند العجز عن البينة.

وقيل: يواطئ رجلاً يقرّ له بالحق، ويمتنع من الأداء، ويقر له الآخذ بالمال، حتى يبيعه القاضي.

وهذا إرشادٌ إلى الكذب من الطرفين، ويضعف التفريع على وجوب الرفع، ويقوي وجه الاستقلال بالبيع.

ثم عند البيع: إن كان الحق من جنس نقدِ البلد، فيباع المأخوذ به. وإن لم يكن، فإن ظفر بثوبٍ والدين حنطةٌ، فيباع الثوب بنقد البلد، ويشتري به حنطةً.

وحكى الإمام[٤] عن محققي[٥] الأصحاب: أنه يجوز أن يشتري الحنطة بالثوب، ولا يوسط النقد بينهما، وقد سبق نظيره.

---

(١) انظر: «الوجيز» (١/ ٢٥٥)، و«الروضة» (٥/ ٤٢٧) حيث قال النووي: «فيها وجهان: أحدهما: لا...، وأرجحهما ـ على ما يقتضيه كلام البغوي ـ: الاستقلال. قلت: رجح الإمام الرافعي أيضاً في «المحرر» هذا الثاني. والله أعلم». انظر أيضاً: «الروضة» (١٢/ ٤).

(٢) في (ز) زيادة: (عليه).

(٣) في (أ): (ألزمناه الأخذ).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ١٩١).

(٥) في (أ): (تحقق).

وهل يكون المأخوذ مضموناً على الآخذ، حتى إذا تلف قبل البيع والتملك، تلف في ضمانه؟ فيه وجهان:

في وجه: نعم؛ لأنه أخذه لغرض نفسه، فأشبه المستام، وبل أولى، فإن المالك لم يأذن فيه، ولأن المضطر إذا أخذ ثوب الغير لدفع الحرّ، وتلف في يده، يضمن، فكذلك هاهنا.

وفي آخر: لا؛ لأنه مأخوذ للتوثق والتوصل به إلى الحق، فأشبه الرّهن.

وإذْنُ الشرع في الأخذ يقوم مقام إذن المالك.

وهذا أصح عند القاضي الروياني، والأول أقوى في المعنى، وهو الذي أورده الصيدلاني والإمام[١] وصاحب الكتاب، وإيانا.

وإذا قيل به، فينبغي أن يبادر إلى البيع بحسب الإمكان، فإن قصر فنقصت قيمته ضمن النقصان.

وإذا فرض في القيمة انخفاضٌ وارتفاع وتلف، فهي مضمونة عليه بالأكثر. كذلك ذكره في «التهذيب»[٢].

ولو اتفق رد العين، لم يضمن نقصان القيمة، كالغاصب.

ولو باعه وتملك ثمنه، ثم وفر[٣] المستحق دينه عليه، ففيما علق عن الإمام[٤]: أنه يجب أن يرد إليه قيمة المأخوذ، كما إذا ظفر المالك بغير جنس المغصوب من مال الغاصب

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ١٩١).

(٢) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٣٥٢).

(٣) في (ي): (وفى).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ١٩٢).

وأخذه وباعه، ثم رد الغاصب المغصوب، كان على المالك أن يرد قيمة ما أخذه، وباعه، لكن أخذُ المستحق وبيعه وتملكه بالثمن[١]، نازل منزلة دفع المستحق عليه.

وما دام المغصوب باقياً فهو المستحق، والقيمة تؤخذ؛ للحيلولة، فإذا رد العين فترد القيمة، كما لو دفع القيمة بنفسه، وهاهنا المستحق الدين، فإذا باع، وأخذ الثمن بحقه[٢]، فما ينبغي أن يرد شيئاً، ولا أن يوفر عليه بعد ذلك شيء. والله أعلم.

وليس له الانتفاع بالعين المأخوذة، فإن امتنع، فعليه أجرة المثل.

ثم في الفصل صور:

إحداها: لا يأخذ المستحق أكثر من حقه إذا أمكنه الاقتصار عليه، فإن زاد فالزيادة مضمونة عليه، وإن لم يمكنه، بأن لم يظفر إلا بمتاع تزيد قيمته على حقه[٣]:

فإن قلنا: لو كان المأخوذ قدر حقه، كان مضموناً عليه، ففي الزيادة وجهان:

أحدهما: أنها مضمونة؛ كالأصل.

وأرجحهما ـ على ما يقتضيه نظم الكتاب ـ: المنع؛ لأنه لم يأخذه بحقه، وهو معذور في أخذه. وإن قلنا: إن المأخوذ بقدر الحق لا يضمن، فكذلك الزيادة.

وإن كان المأخوذ أكثر من الحق: فإن كان مما يتجزأ[٤] باع منه بقدر حقه، ويسعى[٥] في رد الباقي إليه بهبة، ونحوها.

---

(١) في (أ) و(ي): (الثمن).

(٢) قوله: (الثمن بحقه) ليس في (أ).

(٣) انظر: الهامش (٢) من «العزيز» (١٣/ ١٥١)، و«الروضة» (١٢/ ٥).

(٤) في (أ): (يتحرى).

(٥) في (أ) و(ي): (وينبغي).

وإن كان مما لا يتجزأ: فإن قدر على بيع البعض مما هو حصته لو بيع الكل، باعه، وسعى في رد الباقي إليه على ما ذكرنا. وإن لم يقدر عليه، باع الكل، وأخذ من ثمنه قدر حقه، ويحفظ الباقي إلى أن يرده عليه، على ما ذكره ابن الصباغ والقاضي الروياني.

الثانية: لو كان حقه دراهم صحاحاً، وظفر بالمكسرة، فله أن يأخذها ويتملكها بحقه، وإن استحق المكسَّرة، وظفر بالصحاح، حكى الإمام[١] فيه طريقين:

أحدهما: جواز الأخذ؛ لاتحاد الجنس.

والثاني: أنه على الخلاف المذكور، فيما إذا ظفر بغير الجنس؛ لاختلاف الغرض، باختلاف الصفات، كاختلافه باختلاف الأجزاء.

فإذا أخذها، لم يكن له أن يتملكها، ولا أن يشتري بها المكسرة، لا مع التفاضل؛ لما فيه من الربا، ولا بصفة التساوي؛ لاختلاف المالية، والإجحاف بالمأخوذ منه، ولكن يبيع صحاح الدراهم بالدنانير، ثم[٢] يشتري بها الدراهم المكسرة، ويتملكها.

الثالثة: شخصان ثبت لكل واحدٍ منهما على الآخر مثل ما للآخر عليه، ففي حصول التقاص أقوال[٣] معروفة، أوردها صاحب الكتاب في كتاب الكتابة[٤].

فإن قلنا: لا يحصل التقاص، وجحد أحدهما حق الآخر، فهل للآخر أن يجحد حقه؟

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ١٩٠-١٩١).

(٢) قوله: (ثم) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

(٣) وهي أربعة: أظهرها: التقاص. انظر: «الوجيز» (٢/ ٢٩٢)، و«الروضة» (١٢/ ٢٧٣).

(٤) في (ز): (المكاتب).

قال في «الوسيط»[١]: فيه وجهان، يلتفتان إلى الظفر بغير جنس الحق[٢]، فإن اختلاف الدينين[٣] بمثابة اختلاف الجنس، كما ذكرنا في اختلاف المالين في الصحة، والتكسر[٤].

والمذكور في الكتاب: أن له أن يجحد، ويحصل التقاص؛ للضرورة، وهو موافق لما مرّ في تجويز الأخذ عند الظفر بغير الجنس.

ومواضع العلامات من الفصل لا تخفى.

فرع:

كما يجوز[٥] الأخذ من مال الغريم الجاحد، أو المماطل[٦]، يجوز الأخذ من مال غريمه، كما إذا كان لزيد على عمرو دينٌ، ولعمرو على بكرٍ مثله، يجوز لزيد أن يأخذ مال بكر بما له على عمرو، ولا يمنع[٧] من ذلك ردّ عمرو، وإقرار بكر له، ولا جحود بكر استحقاق زيد على عمرو[٨].

آخر:

جحد دينه، وله عليه صك بدين آخر قد قبضه، وشهود الصك لا يعلمون القبض:

---

(١) «الوسيط» للغزالي (٧/ ٤٠٢).

(٢) انظر: (٧/ ٤٠٢)، والأصح أنه يجوز له أن يجحد صاحبه حقه. ذكره في «الروضة» (١٢/ ٦).

(٣) في (ز): (الذمتين)، وانظر هامش (٤) على «العزيز» (١٣/ ١٥٢).

(٤) في (ي) و(ز): (والتكسير).

(٥) في (ز): (لا يجوز)، وهو خطأ.

(٦) في (ي) و(ز) و(ظ): (المطول).

(٧) في (ي) و(ظ): (لا يمتنع).

(٨) انظر: «العزيز» (١٣/ ١٥٢) بهامش (٦).

قال القاضي أبو سعد: يدعي ذلك، ويقيم البينة، ويقبضه بدينه الآخر.

وفي «فتاوى القفال»: أنه ليس له إقامة أولئك الشهود؛ لأنهم لو شهدوا، وقال المدعى عليه: «إني قبضت ما شهدوا به» واستحلفه، لم يكن له أن يحلف، وذلك يدل على أن ما يشهدون به غير ما يدعيه والله أعلم.

قال:

(الثانية: في حدِّ المدَّعي، وفيه قولان: أحدُهما: أنه الذي يُخلى[1] وسكوتَه. والثاني: أنه الذي يدَّعي أمراً خفيّاً على خلافِ الظاهر. ولو[2] أسلما قبلَ المسيس، فقال: أسلَمنا معاً، والنكاح دائم، وقالت: بل على التعاقب، فالزَّوجُ هو الذي لا يُخلى[3] وسكوتَه، لكن المرأةَ هي التي تَدَّعي أمراً ظاهراً، فإنّ تَساوُقَ الإسلامِ بعيدٌ. فالقولُ قولُ مَن؟ يُخرّجُ على القولَين، وأما المُودَعُ إذا ادّعى ردَّ الوديعة، صُدّق بيمينِه؛ للرُّخصة[4]؛ لأنه اعترفَ له بالأمانة).

عرفنا بالخبر أن «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر»، واستنبط سببه، فقيل: جانب المنكر أقوى؛ لموافقته الظاهر، والبينة أقوى من اليمين؛ لبراءتها عن تهمة جلب النفع، فجعلت البينة على المدّعي؛ لتجبر[5] قوة الحجة ضعف الجنبة[6]،

---

(١) في (أ): (بحق).

(٢) في (ز): (فلو).

(٣) في المطبوع من كتاب «العزيز» (١٣/ ١٥٣): «الذي خُلِّيَ». (م ع).

(٤) في (أ): (للحاجة المرخصة).

(٥) في (أ): (لتجبره).

(٦) في (أ): (الجبر).

ومُنِع[١] من المنكر بالحجة الضعيفة؛ لقوة جنبته.

وهذه القاعدة تحوج إلى معرفة المدعي، والمدعى عليه؛ ليطالب هذا بحجته وهذا بحجته إذا تخاصما، فجعل صاحب الكتاب المسألة الثانية في حد المدعي، والمدعى عليه، وفيه قولان:

أحدهما: أن المدعي من المتخاصمين، هو الذي لو سكت خُلِّيَ، ولم[٢] يطالب بشيء، والمدّعى عليه من لا يُخَلَّى، ولا يقنع منه بالسكوت.

والثاني: أن المدعي من يذكر أمراً خفياً يخالف الظاهر، والمدعى عليه: من يوافق[٣] قوله: الظاهر.

فإذا ادعى زيد ديناً في ذمة عمرو، أو عيناً في يده، وأنكر، فزيد هو الذي لو سكت تُرِكَ، وهو الذي يذكر خلاف الظاهر؛ لأن الظاهر براءة ذمة عمرو، وفراغ يده عن حق الغير.

وعمرو هو الذي لا يترك وسكوته، ويوافق قوله الظاهر، فزيد مدع بموجب العبارتين، وعمرو مدعى عليه.

ولا يختلف موجبهما في الأغلب.

وقد يختلف، كما إذا أسلم الزوجان قبل المسيس، واختلفا، فقال الزوج: «أسلمنا معاً، والنكاح باقٍ بيننا»، وقالت المرأة: «بل على التعاقب، ولا نكاح بيننا»: فإن قلنا: المدعي من لو سكت ترك. فالمرأة المدعية، والزوج مدعى عليه؛ لأنه لا يترك لو سكت، فإنها تزعم انفساخ النكاح، فيحلفُ، ويحكم باستمرار النكاح إذا حلف. وإن قلنا: إن المدعي من

---

(١) في (أ): (وقنع).

(٢) في (أ): (ولو لم).

(٣) في (ز): (يخالف).

يخالف قوله الظاهر، فالزوج هو المدعي؛ لأن التساوُق الذي يزعمه خلاف الظاهر، والمرأة مدعى عليها؛ لموافقتها الظاهر، فتحلف. وإذا حلفت[١]، حُكِمَ بارتفاع النكاح.

ولو قال الزوج: «أسلمتْ قبلي، فلا نكاح، ولا مهر»، وقالت: «بل أسلمنا معاً»، وهما بحالتهما[٢]. فقوله في الفراق: يلزمه[٣].

وأما في المهر فالقول قول الزوج، إن قلنا: المدعى عليه من يوافق قوله الظاهر؛ لأن التعاقب الذي يدعيه، هو الظاهر.

وقول المرأة، إن قلنا: المدعى عليه من لا[٤] يترك، لو سكت؛ لأنها لا تترك بالسكوت؛ إذ الزوج يزعم سقوط المهر.

فإذا سكت ولا بينة، جعلت ناكلة، ولو حلف الزوج، وحكم بالسقوط.

وقد يوهم إيراد الفوراني: أن القولين، في حد المدعي، والمدعى عليه، منصوصان.

لكن المعتمد **المشهور**: أنهما مستنبطان من اختلاف قول الشافعي رضي الله عنه في مسألة إسلام الزوجين، وقد يبينه الخلاف في الأصل المبني عليه.

والأظهر منهما ـ على ما يُشْعِر به لفظ «المختصر»، ويقتضيه كلام أكثر الأصحاب، وصرح به الروياني ـ: أنّ المدعي من يخالف الظاهر، والمدعى عليه من يوافقه.

قال الأئمة: والأمناء الذين يصدقونه في الرد بيمينهم مدعون؛ لأنهم يزعمون الرد الذي هو خلاف الظاهر، لكن اكتفى منهم باليمين؛ لأنهم أثبتوا أيديهم، لغرض المالك، وقد ائتمنهم، فلا يحسن تكليفهم بيّنةً على الردّ.

---

(١) في (أ): (حلف).

(٢) في (أ): (بحالهما).

(٣) في (أ): (لم يلزمه)، وهو خطأ، والصحيح ما أثبتناه. انظر: «الروضة» (١٢/ ٨).

(٤) قوله: (لا) ليس في (أ).

وتكلف أبو الحسن العبَّادي فقال: إنهم يدَّعون ما يوافق الظاهر؛ لأن المالك قد ساعدهم على الأمانة، حيث استأمنهم، فهم يستبقون الأمانة، وهو يزعم ارتفاعها، فكان الظاهر معهم.

قال: وأما على الحد الآخر، فهم المدعى عليهم؛ لأن المالك هو الذي لو سكت تُرك.

قال القاضي الروياني، وغيره: قد يكون الشخص مدعياً، ومدعى عليه، في المنازعة الواحدة، كما في صور التحالف.

هذا منقول الأصحاب في هذا الموضع، ووراءه كلمات:

إحداها: يمكن أن يعكس ما ذكره[1] في الكتاب.

ويقال: إن قلنا: إن المدَّعي من يُترك وسكوته، فالمدعي في مسألة اختلاف الزوجين، إنما هو الزوج؛ لأن النكاح حقه، فلو تركها ولم يطالبها تُرك، وهي لا تترك لو سكتت وأعرضت.

وإن قلنا: إن المدعي من يخالف الظاهر، فهي المدعية؛ لأنها تزعم ارتفاع النكاح، والظاهر دوامه.

والثانية: ما المعنى بالظاهر في قولنا: إن المدعي من يخالف الظاهر، أيعني به مطلق ما يدل عليه ذلك، أم يعني الظن الأرجح والأغلب، أم استصحاب ما كان من وجود أو عدم؟

إن عنينا الأول: لزم أن يكون كل واحدٍ من المتداعيين مدعياً[2] أبداً؛ لأن دليلاً ما يدل على صدق هذا، وآخر يدل على براءة هذا.

---

(١) في (أ) و(ي) و(ظ): (ما ذكروه من البناء).

(٢) قوله: (مدعياً) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

وإن عنينا الظن الأغلب والأرجح: فهذا يختلف باختلاف الأشخاص، والأحوال، والقرائن الواقعة في الحادثة، فتارة يكون الأغلب على الظن، صدقُ الطالب، وأخرى صدق المنكر.

وإن عنينا استصحاب ما كان، فلم نجعل المرأة مدعى عليها، إذا قلنا: إن المدعى عليه من يوافق الظاهر، وهي لا تستصحب شيئاً، بل تترك استصحاب الأصل الذي كان.

والثالثة: لا شك أن التنازع في كيفية الإسلام ليس معيناً لعينه، وإنما الزوج يبغي استدامة النكاح، وهي تزعم ارتفاعه، فيشبه أن يقال: كل واحدٍ منهما مدعٍ لشيء:

فأما الزوج: فإنه في استدامة النكاح، وطلب طاعتها، كطالب مال من غيره.

وأما هي: فدافعة، كمن يقول: «إنك أبرأتني»، أو «إني أدّيته».

فإن قلنا: يحلف الزوج، فهو على قياس دعوى الدوافع[1]، وقد ذكر في «التهذيب»[2]: أنه الأصح.

وإن قلنا: تحلف المرأة، فيشبه تقوي جانبها بظاهر الحال، وإن كانت مدعيةً، كما يحلف المودع على الردّ والهلاك، وإن كان مدعياً؛ للمعنى الذي سبق.

وهذا طريقٌ، يغني عن تَخْريج القولين على الأصل المذكور.

واعلم أن المراد من قولهم: إن المدعى عليه من يوافق قوله الظاهر، أو من يدعي أمراً جلياً، أنه لو أنكر، ونازع الطالب كان كذلك؛ لأنه يتوقف كونه مدعى عليه على أن ينكر، وينازع.

---

(١) في (أ): (الدافع).

(٢) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٣٢٨-٣٢٩).

وقوله في الكتاب في حقّ المودع: (يصدق بيمينه للحاجة)، وفي بعض النسخ: (للرخصة)، معناه أنه مستثنى من قولنا: إن المدعي يحتاج إلى البينة، فإنه مدعٍ للردّ، وسببه ما تقدم، ومسألة اختلاف الزوجين، قد سبق حكمها في النكاح[١]، وإنما أعادها ليبين أن الخلاف فيها مبنيٌّ على الأصل المذكور. والله أعلم.

قال:

(ثم حدُّ الدَّعوى الصَّحيحة: أن تكونَ معلومةً مُلزِمةً، فلو[٢] قال: لي[٣] عليه شيء، لم يُسمَع. ولو قال: وَهبَ[٤] منِّي، أو باع، لم يُسمَع، حتى يقول: ويلزمُه التَّسليمُ إليَّ).

لما تكلم في الدعوى نفسها، أردفه بالكلام في شرط صحتها، وهي أن تكون مسموعة، محوجة إلى الجواب.

واعتبر في صحتها وصفين[٥]:

أحدهما: العلم بالمدّعى[٦]، والأصل اعتبار العلم به، كاعتبار العلم بالمشهود به، والمعقود عليه بالبيع وغيره، وهذا لأن المقصود: فصل الأمر، وإيصال الحق إلى المستحق، وذلك يستدعي العلم.

---

(١) انظر: «الوجيز» (٢/ ١٦)، و«الروضة» (٧/ ١٤٥).

(٢) في (أ) و(ي): (ولو).

(٣) قوله: (لي) ليس في (ي) و(ز).

(٤) في (ز): «وهبه». (م ع).

(٥) في (أ): (وصفين ضعيفين).

(٦) في (ز): (بالدعوى).

فإن كانت الدعوى في الأثمان: فلا بد من ذكر الجنس، والنوع، والقدر، قال في «الشامل»: وإن اختلف الصحاح والمكسرة، بيَّن أنها صحاح، أو مكسرة، ومطلق الدينار ينصرف إلى الدينار الشرعي، فلا حاجة إلى بيان الوزن، ذكره الشيخ أبو حامد.

وإن كانت في غير الأثمان: نُظِرَ، إن كان يدعي عيناً، وهي ما يضبط بالصفة، كالحبوب والحيوان والثياب[1]، فيصفها بصفات السلم، ولا حاجة إلى ذكر القيمة على الأصح[2].

وإن كانت العين تالفة، كفى الضبط بالصفات، إن كانت مثلية، ولا حاجة إلى ذكر القيمة، وإن كانت متقومة، فلا بد من ذكر القيمة؛ لأنها الواجبة عند التلف.

وإن ادعى عليه سيفاً محلّى، قال في «الشامل»: لا بد من ذكر قيمته، ويقوّمه بالذهب إن كان محلّى بالفضة، وبالفضة إن كان محلّى بالذهب، وإن كان محلّى بهما قوّمه بأحدهما؛ للضرورة[3].

وفي الدراهم والدنانير المغشوشة: يدعي عشرة دراهم من نقد كذا، قيمتها كذا ديناراً، أو ديناراً من نقد كذا قيمته كذا درهماً. ذكره الشيخ أبو حامد وغيره، وكأنه جوابٌ على أن الدراهم والدنانير المغشوشة متقوّمة[4].

فإن جعلناها مثلية، فينبغي ألا يشترط التعرض لقيمتها.

---

(١) في (أ) و(ي) و(ظ): (النبات).

(٢) انظر: «الروضة» (١٢/ ٨)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٤٦٥).

(٣) قال بهامش «العزيز» (١٣/ ١٥٦): «المراد بقوله: (قوّمه بأحدهما) يعني بأيهما شاء. وما ذكره من الضرورة مدفوع بأنه يمكن تقويم السيف بما فيه من أحد النقدين بالنقد الآخر، ويقوم النقد الذي لم يضفه إلى تقويم السيف بالنقد المضاف مع سيف، ثم إن سلم ما قالوه فإنما يظهر عند التفاوت في المقدار، أما لو غلب أحدهما فينبغي أن يقوّم بالنقد الآخر».

(٤) في (أ): (مقوّمة).

وفي العقار: يتعرض للناحية، والبلدة، والمحلة، والسكة، ويبين الحدود، وقد مرّ بعض هذه التعريفات في باب القضاء على الغائب[١]. والمذكور هاهنا أتم وأوفى.

ويستثنى عن اعتبار العلم صور:

إحداها: إنما يتصور اعتباره إذا كان المطلوب متعيناً، فأما من حضر ليعين، ويفرض له القاضي، كالمفوِّضة تطلب الفرض على قولنا: لا يجب المهر بالعقد، وكالواهب يطلب[٢] الثواب، إذا قلنا: إن الهبة تقتضيه، ولم يُقدر الثواب، فلا يتصور منه إعلام وتعيين[٣].

الثانية: ادعى على إنسان أن مورثه أوصى له بثوبٍ، أو بشيءٍ، سمعت الدعوى؛ لأن الوصية تحتمِل الجهالة[٤]، فكذلك دعواها.

وألحق ملحقون دعوى الإقرار بالمجهول، بدعوى الوصية بالمجهول، ومنهم من تنازع كلامه فيه، وسبب[٥] الاختلاف: الخلاف في أن دعوى الإقرار بالمال تُسمع، أم يجب أن يدعي نفس المال؟

وكذا تصح دعوى الإبراء عن المجهول، إن صححنا الإبراء عن المجهول.

الثالثة: ادعى أن له طريقاً في ملك الغير، أو ادعى حق إجراء الماء، فالأشهر فيما حكى القاضي أبو سعد: أنه لا يحتاج إلى إعلام مقدار الطريق، والمجرى، ويكفي لصحة الدعوى: تحديد الأرض التي يدعي فيها الطريق، والمجرى، وكذا تصح الشهادة المترتبة عليها.

---

(١) انظر: «الوجيز» (٢/ ٢٤٥)، و«الروضة» (١١/ ١٨٩).

(٢) من قوله: (الفرض على قولنا) إلى هنا ليس في (ظ).

(٣) انظر: بهامش «العزيز» (١٣/ ١٥٧).

(٤) في (ز): (لأنّ الجهالة تحتمل الوصية)، وهو غير صحيح.

(٥) في (ز): (وكان سبب).

وعن أبي علي الثقفي: أنه لا بد من إعلام قدر الطريق، والمجرى، قال: وكذا لو باع بيتاً من دارٍ، ورسم له[١] طريقاً، ولم يبين قدره: لا يصح.

قال القاضي: والذي عندي: أنه لا يشترط هذا الإعلام في الدعوى، لكن يؤخذ على الشهود إعلام الطريق، ومسيل الماء بالذَّرْعان؛ لأن الشهادة أعلى شأناً، فإنها تستقل بإيجاب الحكم، بخلاف[٢] الدعوى.

ولو أحضر المدعي قطعة بياضٍ، حرر فيها دعواه، وقال: «أدَّعِي ما فيها»، أو ادّعى[٣] ثوباً بالصفات المكتوبة في تلك القطعة، هل يكفي ذلك لصحة الدعوى؟ فيه وجهان[٤].

الوصف الثاني: كون الدعوى ملزمة، فلو قال: «وهب مني كذا»، أو «باع»، لم تُسمع دعواه، حتى يقول: «ويلزمه التسليم إليّ»؛ لأنه قد يهب ويرجع، ويبيع ويفسخ، هكذا نقل الفوراني، وغيره، وهو المذكور في الكتاب[٥].

ويقرب منه ما ذكره القاضي أبو سعد: أنه يقول في دعوى الدين: «لي في ذمته كذا، وهو ممتنعٌ[٦] من أدائه الواجب عليه»، قال: إنما يتعرض لوجوب الأداء؛ لأن الدين المؤجل لا يجب أداؤه في الحال، وكان هذا فيما إذا قصد بالدعوى تحصيل المدعى، ويجوز أن يكون المقصود بالدعوى[٧] دفع المنازعة، فلا يشترط التعرض لوجوب التسليم.

---

(١) في المطبوع من كتاب «العزيز» (١٣/ ١٥٨)، وفي «روضة الطالبين» (١٢/ ٩): «وسمّى له». (م ع).

(٢) قوله: (بخلاف) ليس في (أ).

(٣) في (أ) و(ي) و(ظ): (وادعى).

(٤) انظر: هامش «العزيز» (١٣/ ١٥٨).

(٥) انظر: «الوجيز» (٢/ ٢٦٠).

(٦) في (أ): (يمنع).

(٧) قوله: (بالدعوى) ليس في (أ).

وذكر في «الشامل»: أنه لو قال: «هذه الدار لي، وأنه يمنعني منها»، تصح الدعوى، ولا يشترط أن يقول: «إنها في يده»؛ لأنه يجوز أن ينازعه، وإن لم تكن في يده[1].

وإذا ادعى ولم يقل للقاضي: «مره بالخروج عن حقي»، أو «سله جواب دعواي»، فهل يطالبه القاضي؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ للعلم بأنه الغرض من الحضور، وإنشاء الدعوى، وهذا أظهر عند ابن الصباغ[2].

والثاني: لا؛ لأنه حقه، فلا يستوفى إلا بسؤاله، واقتراحه كاليمين، وهذا مذهب أبي حنيفة، فيما حكى القاضي[3] أبو سعد، وذكر أنه الأصح، وأن أصل الوجهين المعاطاة في البيع، والخلاف في أنه إذا جلس بين يدي حلاقٍ ليحلق رأسه[4]، فحلق، هل يستحق الأجرة؟

وعلى الثاني: فطلب[5] الجواب أيضاً، شرطٌ في صحة الدعوى.

وسواء شرطنا هذا الاقتراح من المدعي، أو لم نشترطه[6]، لكنه اقترحه[7]، فيمكن أن يقال: يغني ذلك عن قوله: «ويلزمه التسليم إليَّ»، وإن من شرط التعرض له، شرطه جواباً على أنه لا يشترط الاقتراح المذكور من المدعي[8].

---

(١) انظر: بهامش «العزيز» (١٣/ ١٥٨).

(٢) وهو المذهب. انظر: «الروضة» (١٢/ ١٠)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٤٦٨).

(٣) في (ز): (فيما حكاه).

(٤) قوله: (ليحلق رأسه) ليس في (ي).

(٥) في (أ) و(ي) و(ظ): (يطلب).

(٦) في (أ) و(ي): (تشترط).

(٧) في (أ): (اقتراح)، وفي (ز): (اقترح).

(٨) في (ي): (الدعوى).

فرع:

لا يشترط لسماع الدعوى أن يعرف بينهما مخالطة، أو معاملة، ولا فرق فيه بين طبقات الناس.

وعن مالك: أنه لا تستمع دعوى الدني على الشريف، إذا لم يعرف بينهما سبب.

وعن الإصطخري: أنه إذا شهدت قرائن الحال بكذب المدعي، لم يلتفت إلى دعواه، مثل أن يدعي الدني: استئجار الأمير أو الفقيه، لعلف دوابه، وكنس بيته، ومثل دعوى المعروف بالتعنت، وجرّ ذوي الأقدار إلى مجالس(١) القضاة، واستحلافهم، ليفتدوا بشيء.

آخر:

ادعى مالاً معلوماً على إنسانٍ، وأقام شاهدين(٢) على إقراره بشيءٍ، أو قالا: «نعلم أن له عليه مالاً، ولا نعلم قدره»، فهل تُسمع شهادتهما هكذا؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، ويرجع في التفسير إلى المشهود عليه، كما لو أقرّ بمُبهم.

وأشبههما: المنع؛ لأن من شأن البينة أن تبين، وليست كالإقرار؛ إذ يشترط فيها ما لا يشترط في الإقرار.

حكى الوجهين صاحب «التهذيب»(٣) في باب «الإقرار»، وذكرهما غيره أيضاً.

وعلى الخلاف ما إذا شهد على(٤) «غصب عبدٍ»، أو «ثوبٍ»، ولم يصفاه(٥).

---

(١) في (ي): (مجلس).

(٢) في (أ): (وأقام بينة شاهدين).

(٣) «التهذيب» للبغوي (٤/ ٢٣٨).

(٤) قوله: (على) ليس في (أ).

(٥) وانظر: هامش «العزيز» (١٣/ ١٥٩).

ثالث:

عن «فتاوى القفّال»: ادّعى عليه دراهم مـجهولة، لا يسمع القاضي دعواه، ويقول له: «بيّن الأقلّ الذي تتحققه». وإن ادعى ثوباً ولم يصفه أصلاً، لم يُصْغ إليه، فإن قال: «هو كرباس»[١]، ولم يصفه، أمَرَهُ أن يأخذ بالأقلّ، وفي هذا: أوّلًا: إرشادٌ وضرب تلقين. ثم الأخذ بالأقل في قدر الدراهم مستقيم، لكن الأخذ بالأقل من صفة الثوب المدّعى عينه، لا وجه له.

قال:

(الثالثة: لو[٢] قامَت عليه البيِّنة، فليسَ له أن يحُلِّفَ المدَّعي ما لم يُقدِّم دعوى صحيحةً، كبيع، وإبراء، فلو ادّعى فسقَ الشُّهود، وعَلِمَ الخصمُ به، فهل يحُلِّفُه؟ فيه وجهان، وكذا لو ادّعى أنه أقرَّ لي؛ لأن الإقرارَ ليسَ عينَ الحقِّ، وكذا إذا ادّعى من توجَّهَ عليه اليمينُ بأنه قد حَلفَ مرَّةً، وأرادَ يمينَه، ففي كلِّ ذلكَ وجهان، فإنه ليسَ بعينِ الحقِّ، لكن[٣] ينفعُ في الحقّ، ولا خلافَ أنه ليسَ له تحليفُ الشَّاهدِ والقاضي، وإن كانَ ينفُع تكذيبُهم أنفسَهم).

لو قامت البينة على المدعى عليه، فطلب من القاضي تحليف المدعي على استحقاق ما يدعيه، لم يجبه إليه؛ لأنه تكليف حجة بعد قيام حجة[٤]، ولأنه كالطعن في الشهود.

---

(١) الكرباس بكسر الكاف: الثوب الخشن ـ فارسيٌّ معرّب ـ والجمع كرابيس. انظر: «المصباح» (١/ ٥٢٩).
(٢) في (أ): (من).
(٣) في (أ): (ولكن).
(٤) في (أ): (حجته).

وإن ادعى إبراء أو أداءً في الدين، أو بيعاً أو هبة وإقباضاً في العين، نظر: إن ادعى حدوث شيء من ذلك بعد إقامة البينة، حلف المدعي على نفي ما يقوله إن مضى زمان إمكانه، وإلا لم يلتفت إلى قوله.

وإن ادعى جريانه قبل أن يشهد الشهود: فإن لم يحكم القاضي بعد، حلف المدعي على نفيه.

وإن حكم فوجهان:

أحدهما: أن الجواب كذلك؛ لاحتمال ما يدعيه، وجواز اعتماد الشهود ظاهر الحال.

والثاني: المنع؛ لثبوت المال عليه بالقضاء. وذكر في «التهذيب»[1]: أن هذا أصح.

ويمكن أن يبنى على هذين الوجهين الخلاف في أن تحليف المدعي على الغائب، مستحب، أو واجب؟ إن قلنا: تسمع دعواه بعد الحكم، فهو مستحب.

وإن قلنا: لا تسمع فواجب؛ كي لا يفوت بالحكم عليه الدعوى، وبالتحليف أن لا يجعل الغيبة عذراً مانعاً من الفوات.

ولو قال المدعى عليه: «إن الشهود فسقة» أو «كذبة»، وزعم أن الخصم عالم بذلك، فهل له تحليفه على أنه لا يعلم؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنه لو أقرّ به لبطلت شهادتهم.

والثاني: لا، ويكتفى بظاهر العدالة، وتعديل المزكين.

وطرد هذا الخلاف في كل صورة ادعى ما لو أقرّ الخصم به لنفعه، لكن لم يكن للمدعي عين حق له، كما لو قال المدعى عليه في الجواب: «إنه أقر لي بما يدعيه»، وكما

---

(١) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٢٥١).

إذا ادعى على إنسان «أنك أقررت لي بكذا»، وما إذا توجهت اليمين عليه، فقال: «إن المدعي قد حلفني مرة»، وأراد تحليفه، وفيما إذا قذف إنساناً، فأريد منه الحد، فادعى زنى المقذوف[(١)]، وأراد تحليفه: ففي وجهٍ: لا يسمع شيء من ذلك، ولا يمكن من التحليف.

ويشبه أن يكون الأظهر الثاني[(٢)]؛ ليصدق الخصم فينتفع به، أو ينكل فيحلف، ويؤيده ما مرَّ[(٣)] من قول الأصحاب: إن دعوى الإقرار بالمجهول صحيحة، وإن جواب الأكثرين[(٤)] في مسألة القذف: أنه يحلف المقذوف على أنه لم يزن.

وإن كان المقذوف ميتاً، وأراد القاذف تحليف الوارث على أنه لا يعلم زنى مورثه، فكذلك يحلف، وهذه الصورة تُحكى عن نص الشافعي رضي الله عنه.

لكن ذكر صاحب «التهذيب»[(٥)] فيما إذا ادعى فسق الشهود أو كذبهم، أن الأصح: أنه لا يحلف المدعي. والله أعلم.

وأما تحليف القاضي، والشاهد فلا يجوز، وإن كان ينفع[(٦)] تكذيبهما أنفسهما؛ لما مر أن منصبهما يأبى التحليف[(٧)].

وقد يقال: الضبط الذي ذكروه لصور الوجهين، يقتضي اطرادهما فيما إذا ادعى الأداء؛ لأنه ليس الأداء في نفسه حقاً له، لكن ينفعه في اندفاع المدعى عنه. والله أعلم.

---

(١) في (أ) و(ظ): (فأريد منه الحد فادعى المقذوف زنى)، وفي (ي): (فأريد منه الحد وادعى أن المقذوف زنا).

(٢) أي: التحليف. انظر: «الروضة» (١٢/ ١٢).

(٣) انظر: «الروضة» (١٢/ ٩).

(٤) في (ي): (الأكثر).

(٥) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٢٥٠-٢٥١).

(٦) في (أ): (ينتفع بكذبهما).

(٧) «فلا يجوز قطعاً، لارتفاع منصبهما». ذكره في «الروضة» (١٢/ ١٢).

قال:

(الرابعة: لو قال: من قامَت عليه البيِّنة: أمهِلوني فلي بيِّنةٌ دافعة، أُمهِلَ ثلاثةَ أيام، وقيل: يومٌ واحدٌ. ولو قال: أبرأَني فحلَّفوه؛ يَحلِفُ قبلَ أن يستوفي. ولو قال: أبرأني مُوكِّلُك، وكذَّبه؛ استوفى في الحال. ولو قال: أبرأني عن الدَّعوى، فهذا لا يُسمَع؛ إذ لا معنى للإبراءِ عن الدَّعوى).

إذا قامت البينة على المدّعى عليه، وادّعى «أن المدعي باع منه العين المدّعاة»[1] أو «باعها من بائعه»، أو ادعى «أنه أبرأ عن الدَّيْن المدّعى»، وأنكر المدعي[2] [3]، فلا يخفى أن القول قوله.

وأن المدعى عليه، مدعٍ فيما يذكره، محتاجٍ إلى البينة، فإن استمهل ليأتي[4] بالبينة، أمهل ثلاثة أيام؛ لأن هذه مدة قريبة، لا يعظم الضرر فيها، ومقيم البينة يحتاج إلى مثلها، لاستيثاق الشهود، والفحص عن غيبتهم، وحضورهم واستحضار الغائب منهم.

وقد ذكرنا في باب القضاء على الغائب[5] نحو ذلك.

وعن القاضي الحسين[6] وجه آخر: أنه لا يمهل أكثر من يومٍ واحدٍ، وهذا يقتضي أن يعلم قوله في ذلك الباب: (ويمهل ثلاثة أيام) بالواو.

---

(١) في (ز): (العين المدعاة منه).

(٢) قوله: (المدعي) ليس في (ي) و(ظ).

(٣) قوله: (وأنكر المدعي) ليس في (أ).

(٤) في (أ): (الثاني).

(٥) انظر: «الوجيز» (٢/ ٢٤٦)، و«الروضة» (١١/ ١٩٤ - ١٩٥).

(٦) قوله: (الحسين) ليس في (ز).

ولو ادعى الإبراء، ولم يأت ببينة، وقال: «حلفوه أنه لم يبرئني»، فيجاب إليه، ولا يكلف توفية الدين أوَّلاً.

وعن القاضي وجه: أنه يستوفى منه الدين أولاً، ثم إن شاء حلف، فإنها دعوى جديدة.

والظاهر: الأول، وليس كما إذا قال لوكيل المدعي[١]: «أبرأني موكلك» حيث يستوفى الحق منه، ولا يؤخر إلى حضور الموكِّل وحلفه؛ لِعِظَم الضرر في التأخير. وهاهنا التحليف متيسر في الحال.

وكان التعرض لدعوى إبراء الموكل هاهنا: الإشارة إلى الفرق، وإلا فقد ذكر المسألة مرة في القضاء على الغائب[٢].

ولو قال: «أبرأني عن هذه الدعوى»، فهل يسمع[٣]، ويحلف المدعي؟ فيه وجهان عن الإصطخري:

أحدهما: نعم، ويحلف أنه لم يبرئ.

والثاني: المنع؛ لأن الإبراء عن نفس الدعوى، لا معنى له إلا بتصوير صُلح على الإنكار، وأنه باطلٌ، وهذا ما أورده في الكتاب، واختاره القفال.

وادّعى الروياني في «التجربة»[٤]: أن المذهب الأول، ووجَّه: بأنه لو أقرّ أنه لا دعوى له عليه، برئ.

---

(١) في (أ): (الوكيل للمدعي)، وفي (ز): (للوكيل المدعي).

(٢) وانظر: «الوجيز» (٢/ ٢٤٣)، و«الروضة» (١١/ ١٧٦).

(٣) في (أ): (يحلف ويسمع).

(٤) في (ز): (البحر).

فرع:

مدعي الدفع إن قال: «قضيت»، أو «أبرأني»، فذاك. وإن أطلق، فقال: (لي بينة دافعة)، كما هو لفظ الكتاب، فيشبه أن يستفسر[١]؛ لأنه قد يتوهم ما ليس بدافعٍ دافعاً، إلا أن يعرف فقهه ومعرفته.

وإذا عين جهة، ولم يأتِ بالبينة عليها، وادعى عند انقضاء مدة المهلة، جهة أخرى واستمهل، فما ينبغي أن يجاب، وإن ادعى في المدة، أو في آخرها جهة أخرى، وأقام البينة عليها، وجب أن تُسمع[٢].

قال:

(الخامسة: يَنبغي[٣] أن يدَّعَي في النّكاحِ أنه تزوَّجَها بوليٍّ وشاهدي عدلٍ، ورضاها، فإن أطلَق، فالنَّصُّ أنه لا يُسمَع، وفي البيعِ يُسمَع. وقيل: قولان، بالنَّقلِ والتَّخريج. ولو قال: هي زوجتي، كفاه الإطلاق؛ على الصَّحيح، ودعوى القِصاصِ لا بدَّ من تَفصيلِها، ولا بدَّ من أن يدَّعيَ بيعاً صحيحاً، فيَذكرَ الصِّحّة).

الدعوى أنواع:

منها: دعوى الدَّم، ولا بد فيها من التفصيل على ما هو مبين في القسامة[٤].

ومنها: دعوى النكاح، والبيع، وسائر العقود.

---

(١) في (أ): (يستسر)، وفي (ظ): (يستقر).

(٢) في (ظ): (يستمع).

(٣) قوله: (ينبغي) ليس في (أ).

(٤) انظر: «الوجيز» (٢/ ١٦٢)، وما سلف (١٨/ ٥١٣) وما بعدها.

قال الشافعي رضي الله عنه: ولو ادعى أنه نكح امرأة، لم أقبل منه حتى يقول: «نكحتها بوليٍّ وشاهدي عدل»[١].

والأصحاب فيه مختلفون:

فمنهم من اكتفى في دعوى النكاح بالإطلاق، ولم يشترط التعرض لهذا التفصيل، كما يُكتفى في دعوى استحقاق المال بالإطلاق، وكما أنه لا يجب في دعوى النكاح التعرض لعدم الموانع كالردة، والعدة، والرضاع، وحمل هؤلاء نصه على الاستحباب، والتأكيد.

ومنهم من قال: إن ادعى ابتداء النكاح، وجب التفصيل، وإن ادعى دوامه لم يجب؛ لأن الشروط لا تعتبر في الدوام، وبه قال أبو علي الطبري.

وأخذت عامة الأصحاب بظاهر النص، وأوجبوا التفصيل، والتعرض للشروط، سواءً كان المدّعى: ابتداء نكاح، أو دوامهُ؛ لأن أمر الفروج مبني على الاحتياط، كأمر الدماء، والوطء المستوفى لا يتدارك كالدم المهراق[٢].

وأما استشهاد الأولين بدعوى استحقاق المال، فإن كان المدّعى نفس المال، فإنما اكتفى بالإطلاق؛ لأن الأسباب التي يستحق بها المال تكثر وتتكرر، وفي ضبط الأقدار الحاصلة بتلك الأسباب حرج شديد، فأغنى عنه، بخلاف النكاح.

وإن كان المدّعى: عقداً يرد على المال، كالبيع، والهبة، والإجارة فثلاثة أوجه:

أحدها ـ وينسب إلى ابن سريج ـ: أنه لا بد من التفصيل، والتعرض للشرائط كالنكاح.

---

(١) انظر: «المختصر» ص٣١٤، وتتمة المسألة «...، ورضاها، فإن حلفت برئت، وإن نكلت حلف، وقضي له بأنها زوجة له». وانظر: «الحاوي» (٢١/ ٣٣٣).

(٢) انظر: بهامش «العزيز» (١٣/ ١٦٣-١٦٤).

والثاني: الفرق بين أن يتعلق العقد بجارية، فيجب التفصيل؛ احتياطاً للبضع، وبين أن يتعلق بغيرها، فلا يجب.

والثالثـ وهو الأصح[١] ـ: أنه لا حاجة إلى التفصيل؛ لأن المقصود المال، والعقود المالية أخفُّ حُكماً من عقد النكاح، ولذلك لا يُشترط فيها الإشهاد، وإن تعلق العقد بجارية، والنكاح بخلافه.

وأما أنه لا يجب التعرض للموانع، ففيه نزاعٌ؛ لأن الشيخ أبا عاصم، روى عن الأستاذ أبي طاهر: أن محمّد بن إبراهيم العبدي[٢]، من أصحابنا أوجبهُ، والصحيح التسليم.

وفرّقوا بأن الشروط يعتبر وجودها ليصحَّ العقد، والموانع يعتبر عدمها، والأصل العدم، فاكتفي به، ولأن الموانع كثيرة، وعدُّها عسير[٣].

التفريع:

إن شرطنا التفصيل في النكاح: فيقول: «نكحتها بولي وشاهدين»، والأشهر: أنه لا بد من وصفهم بالعدالة.

قالوا: وإنما لم يتعرض الشافعي رضي الله عنه لعدالة الولي في النصّ المنقول في أول الفصل، بناءً على أن الفاسق ليس بولي، أو أراد ردَّ لفظ العدل إلى الولي والشاهدين جميعاً.

---

(١) انظر: «الروضة» (١٢/ ١٤)، حيث قال: «ونقله ابن كجّ عن النصّ: لا يشترط مطلقاً»، وانظر: «مغني المحتاج» (٤/ ٤٦٥-٤٦٦).

(٢) في (أ) و(ي) و(ظ): (عن الأستاذ أبي محمد بن إبراهيم).

(٣) في (ز): (عسر).

وحكى ابن الصباغ وجهاً آخر: أنه لا حاجة إلى التعرض للعدالة[١]، وقياس وجوب التعرض للعدالة، وجوب التعرض لسائر الصفات المعتبرة في الأولياء، ولا يجب تعيين الشاهدين.

والمفهوم مما أورده الأئمة حكماً، وتوجيهاً: أنه لا حاجة إلى تعيين الولي أيضاً.

والفرض أن يعترف أن النكاح، لم يعرَ[٢] عن الولي والشهود.

ولا بد من التعرض لرضا المرأة إن كانت ممن تزوَّج برضاها.

وفي نكاح الأمَة، هل يشترط التعرض للعجز عن الطول، ولخوف العنت؟

قال في «الشامل»: فيه وجهان، أقيسهما: الاشتراط.

وإذا شرطنا التفصيل في دعوى البيع، ذكروا أنه يقول: «تعاقدناه بثمن معلوم، ونحن جائزا الأمر، وتفرقنا عن تراض».

ويشترط في الشهادة على النكاح: التفصيل، إذا قلنا باشتراطه في دعوى النكاح.

وفي «فتاوى القفال»: أنه يجب أن يقولوا[٣] بعد تفصيل النكاح من ابتدائه: «ولا نعلم أنه فارقها»، أو «وهي اليوم زوجته».

والإقرار بالنكاح يكفي فيه الإطلاق، وإن كفى الإطلاق في الشهادة والدعوى،

---

(١) نقل في «مغني المحتاج» (٤/ ٤٦٦) عن الزركشي الآتي: «وينبغي الاكتفاء بقوله: «وشاهدين» بغير وصفهما بالعدالة، فقد ذكروا في النكاح: أنه لو رفع نكاح عُقِدَ بمستورين إلى حاكم، لم يُنقض».
وانظر: «الروضة» (١٢/ ١٤).

(٢) أي: «لم يخل». انظر: «الروضة» (١٢/ ١٤).

(٣) في (ز): (يقول).

وإن شرطنا التفصيل فيهما، ففي الإقرار وجهان في «الوسيط»[١]، أظهرهما: الاكتفاء بالإطلاق، والفرق أن المقر لا يقر إلا عن تحقيق، وتثبتٍ.

وفي الشهادة على إقرارها[٢]، لا يشترط أن يقولوا[٣]: «ولا نعلم أنه فارقها».

ولتكن الشهادة على البيع والإقرار إذا أوجبنا التفصيل في البيع على قياس ما ذكرنا في النكاح.

ونقلوا في اشتراط تقييد النكاح، والبيع المدعيين بالصحة، وجهين:

وجه الاشتراط: وقوع الاسم على الصحيح والفاسد.

ووجه الثاني: انصراف المطلق إلى[٤] الصحيح، وبالأول أجاب صاحب الكتاب.

وذكر في «الوسيط»[٥]: أن الوجه القطع باشتراطه في النكاح، وأشار إلى أن الوجهين مفرعان على قولنا: إنه لا يشترط تفصيل الشرائط، وإيراد القاضي أبي سعد يقتضي اطرادهما، مع التفصيل؛ ليتضمن[٦] ذكر الصحة نفي الموانع.

وقوله في الكتاب: (فالنصّ أنه لا يسمع)، ليعلم بالحاء والألف؛ لأن عندهما: تسمع، ولا حاجة إلى التفصيل.

وقوله: (في البيع يسمع)، يُشعِر ظاهره بأن النصّ في البيع أو السّماع، وبأن

(١) «الوسيط» للغزالي (٧/ ٤٠٧).
(٢) في (أ): (إقرارهما).
(٣) في (ز): (يقول).
(٤) في (ز): (على).
(٥) «الوسيط» للغزالي (٧/ ٤٠٧).
(٦) في (أ): (ليضمن).

الأصحاب تصرفوا في النصين تقريراً من[١] البعض، ونقلًا وتخريجاً من البعض، على المعهود[٢] في مسائل النقل، والتخريج. لكن الكتب المشهورة ساكتةٌ عن ذلك. نعم، في كتاب القاضي ابن كج: أن نصه في البيع ونحوه: جواز الإطلاق.

وقوله: (ولو قال: هي زوجتي كفاه، الإطلاق)، هذه صورة الدوام، وترجيح الاكتفاء بالإطلاق لا يوافق اختيار المعظم.

وقوله: (فلا بد وأن يدعي بيعاً صحيحاً، فيذكر الصحة) مُعلمٌ بالواو.

واعلم أن دعوى النكاح تارة تكون على المرأة، وأخرى على الولي إذا كان مجبراً، كما بيناه في باب النكاح، في مسألة: تزويج الوليين من شخص، وذكرنا هناك: أن الأئمة قالوا: إن ادعى كل واحدٍ من الزوجين سبق نكاحه[٣]، وأعلم[٤] المرأة به، فيبنى على أن إقرار المرأة بالنكاح، هل هو مقبول؟

إن قلنا: إنه غير مقبول، فلا تسمع دعواهما؛ لأن غايتها أن تقر.

وإن قلنا: إنه مقبول[٥] ـ وهو الصحيح ـ فتسمع[٦]، وهذا يقتضي أن يكون سماع دعوى النكاح على المرأة أبداً، مخرجاً على ذلك الخلاف، وكأنهم لم يذكروه هاهنا اقتصاراً على الصحيح[٧][٨]. والله أعلم.

---

(١) في (ز): (في).

(٢) في (ي): (على المشهور).

(٣) انظر: «الوجيز» (٢/ ٨-٩)، وما سلف (١٣/ ٢٨٠).

(٤) في (ي) و(ظ) و(ز): (وعلّم).

(٥) من قوله: (إن قلنا: إنه غير مقبول) إلى هنا ليس في (ز).

(٦) قوله: (فتسمع) ليس في (ز).

(٧) في (ز): (دعوى).

(٨) انظر: «الروضة» (١٢/ ١٥)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٤٦٦).

قال:

(السادسة: دعواها الزوجية لا تُسمعُ على الأصحّ، ما لم يَتعرَّض لمهرٍ أو نفقة، فإن قلنا: يَسمع؛ فهل تَندفعُ[١] بمُجرَّدِ إنكارِه؟ فيه خلاف، مأخذُه أن الإنكارَ طلاقٌ أم لا، حتى لو رَجَعَ بعدَ ذلكَ يُسلِمُ الزَّوجةَ إليه؟ فيه خلاف).

دعوى المرأة النكاح، إما أن يقترن بها طلب حقٍّ من حقوق النكاح، كصدقةٍ، ونفقةٍ، وقَسْمٍ، وميراثٍ بعد موته، فهي مسموعةٌ لا محالة.

وإما أن لا يقترن، وتتمحض دعوى الزوجية، ففي سماعها وجهان:

أحدهما: المنع؛ لأن بقاء النكاح حقٌّ للزوج عليها، فكأنها تدعي كونها رقيقة، وهذه دعوى غير ملزمة.

والثاني: أنها تسمع؛ لأن النكاح، وإن كان حقاً له، فهو مقصود لها من تعلق حقوقٍ فيثبته، ويتوسل به إلى تلك الحقوق.

وذكر صاحب الكتاب هاهنا[٢]: أن الأول أصح، والأئمة جانحون إلى ترجيح الثاني.

وكذلك فعل صاحب الكتاب[٣] في «الوسيط»[٤] في باب النكاح.

---

(١) في (ج): (قلنا تندفع فهل تسمع).

(٢) قوله: (ها هنا) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

(٣) في (ز): (نقل في «الوسيط»).

(٤) «الوسيط» للغزالي (٥/ ٢٠٧).

فإن سمعنا دعواها؛ نظر: إن سكت المدعى عليه، وأصر على السكوت، أقامت البينة عليه، وإن أنكر فإنكاره طلاق أم لا؟ فيهَ وجهان، كما ذكرنا فيها إذا جرى نكاحٌ، ثم قال الزوج: «كان الشاهدان فاسقين»، وأنكرت المرأة، والأصح منهما ـ على ما ذكره الإمام[١] ـ: أنه ليس بطلاق، فإن جعلنا إنكاره طلاقاً، سقط ما يدعيه، ولها أن تنكح زوجاً غيره[٢].

ولو رجع عن الإنكار، وقال: «غلطت في الإنكار»، لم ينفعه الرجوع، وإن لم يجعله طلاقاً، فإنكاره كسكوته حتى يقيم البينة عليه، ولو رجع قبل رجوعه، وسُلِّمت الزوجة إليه. وهذا ما اختاره القفال، وشبهه[٣] بما إذا قالت: «انقضت عدتي قبل الرجعة»، ثم قالت[٤]: «غلطت وسلمت صحة الرجعة»، فإنه يقبل رجوعها.

ولو لم تكن بينة، وحلف الرجل، فلا شيء عليه، وله أن ينكح أختها، وأربعاً سواها، وليس لها أن تنكح زوجاً غيره، إذا لم نجعل الإنكار طلاقاً.

وإن اندفع النكاح ظاهراً، إلى أن يُطلقها، أو يموت؛ قال في «التهذيب»[٥]: يفسخ بإعساره، أو لامتناعه إذا جعلنا الامتناع مع القدرة ممكناً من الفسخ، وليكن هذا مبنياً على أن للمرأة أن تفسخ بنفسها، أما إذا أحوجناها إلى القاضي، فما لم يظهر له النكاح، كيف يفسخ، أو يأذن في الفسخ؟

وينبغي أن يرفق الحاكم به حتى يقول: «إن نكحتها فقد طلقتها»؛ ليحل لها النكاح، فإن نكل الرجل حلفت هي، واستحقت المهر والنفقة.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ١١٧).

(٢) انظر «الوجيز» (٢/ ٢٦١)، و«الوسيط» (٥/ ٥٩).

(٣) في (أ): (وشهد).

(٤) في (أ): (وقال).

(٥) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٣٣٠).

فرعان عن «التهذيب»[١] وغيره:

أحدهما: امرأة تحت رجلٍ، ادعى آخر أنها زوجته، فالصحيح: أن هذه الدعوى عليها، لا على الرجل؛ لأن الحرة لا تدخل تحت اليد.

ولو أقام كل واحدٍ منهما بينة، لم تُقدم بينة من هي تحته، بل هما كاثنين أقام كل واحد منهما بينة، على نكاح خلية، فينظر: إن كانتا مؤرختين بتاريخ واحدٍ، أو مطلقتين، فقد تعارضتا، ولا يجيء قولا القرعة والقسمة.

وإن كانتا مؤرختين بتاريخين مختلفين، قدمت البينة على التي سبق تاريخها، بخلاف ما إذا كان التعارض في الأملاك، ففي الترجيح بالسبق قولان، لأن الانتقال وتداول الأيدي غالب في الأموال، دون المنكوحات.

ولو قامت بينة أحدهما على النكاح، وبينة الآخر على إقرارها بالنكاح، فالأولى أَوْلى، كما لو أقام هذا بينةً على أنه غصب منه كذا، وآخر بينة على أنه أقر بذلك، فإن أقرت لأحدهما، فعلى ما ذكرنا فيما إذا زوّجها وليان من شخصين، وادعى كل واحد منهما سبْق نكاحه.

الثاني: ادعت[٢] امرأة ذات ولدٍ، أنها منكوحته، وأن الولد منه، وسمعنا دعوى النكاح منها: فإن أنكر النكاح، والنسب، فالقول قوله مع اليمين. وإن قال: «هذا ولدي من غيرها»، أو اقتصر على قوله: «هذا ولدي»، لم يكن مقراً بالنكاح. وإن قال: «هو ولدي منها»، وجب المهر؛ لأن الاعتراف بالنسب اعتراف بالإصابة ظاهراً، والإصابة[٣] تقتضي المهر.

---

(١) انظر: (٨/ ٣٢٩).

(٢) في (أ): (ادعى).

(٣) في (أ): (الأصلية)، وهذا خطأ.

وإن أقر بالنكاح، فعليه المهر، والنفقة، والكسوة. فإن قال: «كان نكاح تفويضٍ»، فلها مطالبته بالفرض، إن لم يجر دخولٌ، وإن جرى، فقد وجب المهر بالدخول، فلا معنى لإنكاره.

قال:

(السابعة: العبدُ إذا ادّعى أنه حرُّ الأصل، صُدِّقَ بيمينِه، وإن ادّعى الإعتاق، فعليه البيِّنة، والصَّغيرُ المُميِّز، هل تُقبلُ دعواه الحُريّة؟ فيه وجهان، فإن قُلنا: لا تُسمَع، فالصَّحيحُ أنه إذا بَلغَ تُسمَع، وصُدِّقَ بيمينِه، ولا تأثيرَ لليد، ولا لإبطالِ[1] الدَّعوى السّابقة، ويجوزُ شراءُ العبدِ البالغ اعتماداً على ظاهرِ اليدِ معَ سكوتِ العبد، وقيل: لا بدَّ من إقرارِه).

من ادّعى رق بالغٍ، وقال البالغ: «أنا حُرّ الأصل»، فالقول قوله[2]، وعلى المدعي البينة، ولا فرق بين أن يكون إنكاره مسبوقاً باستخدام المدعي وتسلطه عليه، أو لا يكون، ولا بين أن تتداوله الأيدي ويجري عليه البيع والشراء مراراً، وبين أن لا يكون كذلك.

---

(١) في (أ): (ولا إبطال).

(٢) انظر: بهامش «العزيز» (١٣/ ١٦٨)، حيث ورد: «وهذا نصّ عليه الشافعي في «الأم»، وقال الإمام ـ في باب الدعوى على مذهب أبي حنيفة ـ: أنه لم يختلف أصحابنا في ذلك، لأن ظاهر الدار الحرية وهي الأصل، فمدعيها متمسك بالأصل والظاهر، لكن في «روضة الحكام» لشريح الروياني، عن بعض أصحابنا: أن المذهب: أن القول قول ذي اليد، وعلى المشهور، فإنا لم نجعل ليد مُدعي رق البالغ أثراً، لأن اليد إنما تدل على الملك فيما هو مال في نفسه، والنزاع هاهنا في مالية الشخص، والأصل انفكاكه عن المالية. كذا قرره في «البسيط».

فإن كان قد اشتراه من غيره، وحلف على نفي الرق، فهل يرجع المشتري على بائعه بالثمن؟ هذا سنذكره في المسألة الرابعة من الركن الثاني.

فإن قال البالغ لمن في يده: «إنك أعتقتني» أو «أعتقني من باعني منك» فيطالب بالبينة.

ومن ادعى رقَّ صغير، فإن لم يكن في يده، لم يصدق إلا ببينةٍ، وإن كان في يده، نظر، إن أسندت إلى التقاط، فكذلك الحكم في أصح القولين، والثاني: أنه يقبل قوله، ويحكم له بالرق، وإن لم يعرف استنادها إلى الالتقاط، فيصدق، ويحكم له، كما إذا ادعى الملك في دابة أو ثوب في يده، فلو كان الصغير مميزاً، وأنكر، فهو كإنكار البالغ، حتى يحتاج مدعي الرق، إلى البينة، أو لا عبرة بإنكاره، كما لو كان غير مميز، حتى يُحكم برقه؟ فيه وجهان، أصحهما: الثاني.

وإذا جرينا على قول المدَّعي، ثم بلغ الصغير، وأنكر الرق، فهل يحتاج المدعي إلى البينة، ويصدق منكر الرق إذا لم تكن بينة، أو يستمر الرق إلى أن تقوم بينةٌ على حريته؟ فيه وجهان، أصحهما: الثاني.

وكل ذلك مذكور بالشرح في باب اللقيط[1].

ولا فرق بين أن يدعي في الصغير[2] ملكه، ويستخدمه، ثم يبلغ وينكر، وبين أن يتجرد الاستخدام والاستئجار، إلى البلوغ، ثم يدعي ملكه ويستخدمه[3] في جريان الوجهين. كذلك ذكره القاضي الروياني، وغيره.

واليد على البالغ المسترق، وإن لم يُغْنِ عن البينة عند إنكاره، فهي غير ساقطة

(١) في (ز): (في باب اللقيط بالشرح). وانظر: «الوجيز» (١/ ٢٥٨).

(٢) في (أ): (الصغر).

(٣) في (ز): (وينكر المستخدم).

الاعتبار بالكلية، بل يجوز الاعتماد عليها في الشراء، وإن سكت المسترق، اكتفاء بأن الظاهر: أن الحر لا يسترق.

وعن الشيخ أبي محمد: أنه كما لا يجوز شراؤه مع الإنكار للرق، لا يجوز شراؤه مع سكوته، بل يسأل أولاً، فإن أقرّ اشتُري.

وقوله في الكتاب: (والصغير المميز، هل تقبل دعواه الحرية)، أي: هل يؤثر كلامه حتى يحتاج مدعي الرق إلى البينة؟ أو يجعل لغواً؟ وقد يبنى الوجهان على الخلاف في صحة إسلامه، وتدبيره.

وقوله: (فالصحيح أنه إذا بلغ سمعت دعواه[1]، وصُدّق بيمينه)، يعني أنه يعتبر إنكاره حينئذٍ، فيحتاج المدعي إلى البينة، فإن لم تكن بينة حلف وحكم بحريته.

وهذه المسألة مكررة، قد ذكرها مرة في كتاب اللقيط، لكنه أرسل ذكر الوجهين هناك، وهنا رجح اعتبار إنكاره، وتصديقه بيمينه، والأرجح عند أكثرهم خلافه.

وقوله: (لا تأثير لليد[2])، أي: لِيَد المدَّعِي، ولا لإبطال الدعوى السابقة الجارية في حال التمييز.

قال:

(الثامنة: الدَّعوى بالدَّينِ المؤجَّل، فيه وجهان؛ لأنه لا يلزمُه شيءٌ في الحال، ودعوى الاستيلادِ تُسمَع، ودعوى التَّدبيرِ وتعليقِ العتقِ بصفةٍ، كالدَّينِ المُؤجَّل).

في سماع الدعوى بالدين المؤجل، وجهان:

---

(١) قوله: (دعواه) ليس في (أ) و(ي).

(٢) في (أ): (ليد المدعي).

أحدهما: المنع؛ لأنه لا يتعلق بها إلزام في الحال، ومطالبةٌ.

والثاني: تسمع؛ ليثبت في الحال، ويطالب في الاستقبال، وقد يموت من عليه فتتعجل الطلبة، وبهذا أجاب بعض أصحاب الإمام. والأول هو الجواب في «فتاوى القفال»، وذكر القاضي أبو سعدٍ الهروي: أنه الأصح.

وفيه وجه **ثالث**: وهو أنه إن كانت له بينةٌ فتسمع دعواه، ليسجل، فيأمن غيبتها، وموتها، وإن لم يكن، فلا تسمع.

وفي دعوى الجارية الاستيلاد، والرقيق التدبير أو تعليق العتق بالصفة[1]؛ فيه طريقان:

أحدهما: أنها تسمع؛ لأنها حقوقٌ ناجزةٌ ترتبط بها الدعوى.

والثاني: أنها على الخلاف في دعوى الدين المؤجل؛ لأن المقصود منها، العتق في المستقبل، والاستيلاد، أولاها بأن تسمع دعواه، لتتنجَّز آثاره من امتناع البيع، والرهن، وغيرهما.

وكذلك[2] اختار في الكتاب: وفي الاستيلاد بالطريقة الأولى[3]، وفي التدبير، وتعليق العتق، طريقة التخريج[4]، على الخلاف في الدين المؤجل.

وليكن كل واحدٍ منهما مُعَلماً بالواو؛ للطريقة الأخرى.

---

(١) قوله: (بالصفة) ليس في (ز).

(٢) في (ي): (لذلك).

(٣) قوله: (وفي الاستيلاد بالطريقة الأولى) ليس في (ز).

(٤) في (ز): (طريقة على الخلاف).

قال الإمام[١]: وإنما ينتظم الخلاف في التدبير[٢]، إذا لم نجوز الرجوع عن التدبير، فإن جوزناه، فإنكار السيد رجوعٌ يبطل مقصود المدعي[٣].

فروع:

من ادُّعي عليه دينٌ مؤجلٌ قبل المحل، فله أن يقول في الجواب: «لا يلزمني دفع شيء إليك الآن»، ويحلفُ عليه.

وهل له أن يقول: «لا شيء عليَّ مطلقاً؟» عن القفال: فيه وجهان مبنيان على وجهين ذُكرا في أن الدين المؤجل، هل يوصف قبل الحلول بالوجوب؟[٤].

وعنه: أن من أقيم عليه البينة بألفٍ، فقال: «عليَّ ألفٌ»، لكنه مؤجلٌ، فحلَّفوه أنه معجَّلٌ، فقد سقط أثر الشهادة.

وهذا شخص أقر لغيره بدين مؤجل، ففي قبول قوله في الأجل: قولان، إن قبلناه فله تحليف المدعي على نفي الأجل[٥].

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٣٢٤).

(٢) من قوله: (وليكن كل واحد) إلى هنا ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

(٣) ورد بهامش «العزيز» (١٣/ ١٧١): «قال الشيخ البلقيني في «تصحيح المنهاج»: محل المنع ما إذا كانت الدعوى بالـمؤجل على طريق الاستقلال، فأما لو كانت على سبيل التبعية فإنها تسمع، وذلك في مواضع ...». ولمزيد من الاطلاع على تلك المواضع، يراجع هامش «العزيز» (٢) (١٣/ ١٧١).

(٤) ورد بهامش «العزيز» (٣) (١٣/ ١٧١): «سكت المصنف عن الترجيح، وقال في «الخادم»: المذهب المنع..».

(٥) ورد بهامش «العزيز» (١٣/ ١٧٢): «قال في «القوت»: هكذا وقع في كتاب الرافعي على كثرةِ نسخه، وفيه خَللٌ وهو أنه يقال: إن قبلناه فالقول قوله فيه مع يمينه، وإلا فله تحليف المدعي على نفي الأجل».

قال:

(التاسعة: لو سلم ثوباً قيمته خمسة إلى دلال ليبيعه[١] بعشرةٍ فجحده فله أن يقول: لي عليه ثوب إن تلف فعليه خمسة، وإن باع فعليه عشرة، وإن كان[٢] قائماً فعليه رد الثوب، ويقبل مع التردد؛ للحاجة، وقيل[٣] ينبغي أن يعين كل قسم في دعوى، ثم إذا نكل عن واحدٍ فهل له أن يستدل بنكوله على كذبه فيحلف؟ فيه وجهان).

مسألة الدلال هذه، قد ذكرناها مع أختها التي أوردها في الكتاب في آخر الركن الرابع من باب القضاء على الغائب[٤]، وهي أن يتردد في بقاء العين، ولا ندري أيطالب بالعين، أو بالقيمة؟

وبينا أن أقرب الوجهين: أنه يجوز أن يدعي على الشك[٥]، فيقول: «غصب مني كذا»، فإن بقي، فعليه رده، وإلا قيمته[٦] أو مثله[٧]، ويقول في هذه المسألة: أخذ مني ثوباً، فعليه رده، أو ثمنه[٨].

والوجه الثاني: أنه لا بد في الدعوى من طلبٍ جازم، فيفرد لكل واحدٍ من المطالب دعوى برأسها.

---

(١) في (ي) و(ظ): (ليبيع).

(٢) من قوله: (إلى دلال ليبيعه) إلى هنا ليس في (أ).

(٣) في (أ): (وهل).

(٤) انظر: «الوجيز» (٢/ ٢٤٥)، و«الروضة» (١١/ ١٨٩).

(٥) في (أ): (التمثيل).

(٦) في (أ): (وقيمته).

(٧) قوله: (أو مثله) ليس في (أ).

(٨) في (أ) و(ظ): (أو قيمته).

فإن قلنا بالأول، فإذا أنكر المدعى عليه، ولا بينة، فيحلف على نفي الجميع.

وإن نكل وردت اليمين، على المدعي[1]، فيحلف على التردد كما إذا ادعى على التردد، أم لا بد في الحلف من التعيين؟ حكى الإمام[2] فيه وجهين.

وإن قلنا: نفرد لكل مطلب دعوى، فإذا ادعى ما رآه أقرب، ونكل الخصم، فنكوله يؤكد ظن المدعي بكذبه، فهل له أن يحلف اليمين المردودة بذلك؟ فيه وجهان، أشبههما: نعم؛ استدلالاً بنكوله على كذبه، كما يستدل بخط أبيه.

وأُجري الوجهان فيما إذا أنكر المودع التلف، وتأكد ظنه بنكول المودِع، هل يحلف اليمين المردودة؟

وفي «فتاوى القفال»: أنه لو ادعى عليه ثوباً، فقال: «كان في يدي، وقد هلك فأغرم القيمة»، فقال المدعي للحاكم: «قد أقر بالثوب، فحلفه أنه لا يلزمه تسليم الثوب إلى حلفِه»، فإن حلف قَنَعَ منه بالقيمة، وإن نكل، وحلف المدعي «على بقاء الثوب»، طولب بالعين. والله أعلم.

قال رحمه الله:

(الرُّكنُ الثاني: جوابُ المدَّعى عليه:

وهو إقرارٌ وإنكار؛ إذ السُّكوتُ كالإنكار، وقولُه: لي عن دعواك مخرجٌ، أو لفلانٍ عليَّ أكثرُ مما لكَ استهزاءٌ وليسَ بإقرار).

المدعى عليه: إما أن يجيب بالإقرار، أو بالإنكار، أو يسكت. وإنما قال: (السكوت كالإنكار)؛ لأن المدعى عليه إذا أصر على السكوت، جعل كالمنكر الناكل.

---

(١) من قوله: (فيحلف على نفي) إلى هنا ليس في (ظ).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ١٩٤).

وترد اليمين على المدعي، فهو في الحكم كالإنكار[١]، والكلام في الإقرار وصيغته ما مرّ في باب الإقرار[٢].

وقول المدعى عليه: «لي عن دعواك مخرجٌ»، ليس بإقرار؛ لجواز أن يريد المخرج بالإنكار.

وكذا قوله: «لفلان عليَّ أكثر مما لك»، ليس بإقرار للمخاطب بها ادعاه؛ لأنه يحتمل أن يريد الاستهزاء، وأيضاً: يحتمل أن يريد: «لفلان عليَّ حرمة، وحق أكثر مما لك». وقد ذكر القاضي[٣] أبو سعد: أنه لو قال: «لك علي أكثر مما ادعيت»، لم يكن إقراراً؛ لاحتمال[٤] أن يريد: «لك من الحق عندي ما يستحق له أكثر مما ادعيت». وكما لا يكون قوله: «لفلان عليَّ أكثر مما لك»، إقرارٌ للمخاطب، فلا يكون إقراراً لفلان أيضاً؛ لاحتمال[٥] أن يريد معنى الحقّ والحُرمة.

ولو قال: «لفلان مال أكثر مما ادعيت»، فهذا يكون إقراراً لفلان، إلا أن يقبل تفسيره بما دونه في القدر تنزيلاً على كثرة التركة، أو الرغبة على ما أوضحناه في الإقرار[٦].

وقوله في الكتاب: (استهزاءٌ وليس بإقرار)، أي: يحتمل الاستهزاء، ولا شك أنه لو فسره بها هو إقرار، يكون إقراراً.

---

(١) انظر: «العزيز» (١٣/ ١٧٣) هامش (١).

(٢) انظر: «الوجيز» (١/ ١٩٥-١٩٦)، وما سلف (٨/ ٢٤٧) وما بعدها، و«الروضة» (٤/ ٣٧٤).

(٣) قوله: (القاضي) ليس في (ز).

(٤) في (أ): (الإقرار).

(٥) من قوله: (أن يريدلك) إلى هنا ليس في (ز).

(٦) انظر: «الوجيز» (١/ ١٩٧)، وما سلف (٨/ ٢٧٣)، و«الروضة» (٤/ ٣٧٥).

ولو قال: «الحقّ أحقّ أن يؤدّى»، لم يكن إقراراً، المعنى: حيث يكون، فأما أنا فساحتي برئة.

قال:

(وفيه مسائل:

الأولى: لو قال: لي عليكَ عشرة، فقال: لا تلزمُني العشرة، لم يكفِ اليمينُ مطلقاً، بل يَحلِفُ أنه ليسَ عليه عشرة، ولا شيءَ منها[١]، فإن اقتصرَ كان ناكلاً عن اليمينِ[٢] فيما دونَ العَشرة، وللمُدَّعي أن يَحلِفَ على عشرةٍ إلا شيء[٣]، إلا إذا أضافَ إلى عقدٍ ثانٍ[٤]، بأن قالَت[٥]: نكحتَني بخمسين، فأقرَّ أنه «نكح، لا بالخمسين[٦]»، فلا يمكنُها الحلفُ على ما دونَ الخمسين؛ لمناقضةِ الدعوى).

إذا ادعى عشرة على إنسان، فقال: «لا تلزمني العشرة»، لا يكون هذا جواباً تاماً، وإنما الجواب التام[٧]: أن يضيف إليه، «ولا شيء منها» أو «ولا بعضُها»،

---

(١) في (أ): (منه).

(٢) قوله: (عن اليمين) ليس في (أ).

(٣) كذا في (ز)، وفي المطبوع من كتاب «العزيز» (١٣/ ١٧٤): «على العشرة إلا شيئاً». (م ع).

(٤) قوله: (ثان) ليس في (أ) و(ظ).

(٥) في (أ): (قال)، وفي (ز): (يقال).

(٦) في (ز): (لا بالخمسين ونكلها).

(٧) في (أ): (الثاني).

وهكذا يحلف إن حلف؛ لأن مدعي العشـرة مدعٍ لكل جزءٍ منها، فلا بد وأن يطابق[(١)] الإنكار واليمين دعواه.

وعن القاضي الحسين[(٢)]: أنه لا يكلف في الإنكار أن يقول: «ولا شيء منها»، وإنما يكلف ذلك في اليمين، وإذا حلفه القاضي على أنه «لا تلزمه العشرة، ولا شيء منها»، فحلف على «نفي العشرة»، واقتصر عليه، فلا تلزمه العشرة بتمامها، لكنه ناكل عما دون العشرة، فللمدعي أن يحلف على استحقاق ما دون العشرة بشيءٍ قليل، ويأخذه.

ولو نكل المدعى عليه عن مطلق اليمين، وأراد المدعي أن يحلف على بعض العشرة: قال في «التهذيب»[(٣)]: إن عرض القاضي عليه[(٤)] اليمين، على المدّعى وعلى كل جزء منه، فله أن يحلف على بعضها، وإن عرض عليه اليمين على المدّعى وحده، لم يكن له الحلف على البعض، بل يستأنف الدعوى للبعض الذي يريد الحلف عليه.

وحيث جوزنا للمدعي الحلف على بعض المدعى، فذلك إذا لم يسند المدعى إلى عقد[(٥)].

أما إذا أسنده، كما إذا قالت المرأة: «نكحني بخمسين، وطالبته[(٦)] به»، ونكل الزوج، فلا يمكنها الحلف على أنه نكحها ببعض الخمسين؛ لأنه يناقض ما ادعته أَوّلاً.

---

(١) في (أ): (يطلق).

(٢) قوله: (الحسين) ليس في (أ).

(٣) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٢٥٦).

(٤) قوله: (عليه) ليس في (ظ).

(٥) من قوله: (بل يستأنف الدعوى) إلى هنا ليس في (ي).

(٦) في (ظ): (نكحتني بخمسين وطالبه).

ولو ادعى «أن الدار التي في يد هذا ملكي، يلزمه تسليمها إليَّ»، فالمدعى عليه إذا أنكر، يحلف أنها «ليست ملكاً له، ولا شيء منها، وأنه لا يلزمه تسليمها إليه، ولا تسليم شيء منها».

ولو ادعى أنه باعها منه، يكفيه أن يحلف «أنه لم يبعها»، على القياس الذي تمهد في الفصل.

وقوله في الكتاب[1]: (فأقـرّ أنه نكح، لا بالـخمسين)، التقييد بإقراره بالنكاح، كالمستغنى عنه، فإن المرأة إنما تدعي وتطلب الصداق، وذلك فيما يرجع إلى الحلف والتحليف، ولا يختلف بين أن يقر بالنكاح، أو لا يقر.

وقوله: (فلا يمكنها الحلف على ما دون الخمسين)، أي على النكاح بما دون الخمسين، فإن استأنفت، وادعت عليه بعض الخمسين الذي جرى النكاح عليه فيما زعمت، ونكل، وجب أن يجوز لها الحلف عليه. والله أعلم.

* * *

(١) قوله: (في الكتاب) ليس في (ي).

قال:

(الثانية: لو قال: مزَّقتَ ثوبي، ولي عليكَ الأرْش، فيكفيه أن يقول: لا يلزمُني الأرش، ولا[١] يلزمُه التَّعرُّضُ للتَّمزيق، وكذا إذا ادّعى مُلكًا، أو ديناً، فيكفي أن يقول: لا يلزمُني التَّسليم، فإن كانَ[٢] ذلكَ في يدِه بإجارةٍ، أو رهن، وخافَ إنْ[٣] أقرَّ أن يُطالَبَ بالبيِّنة، فقد قيل: إن القولَ قولهُ؛ لأن اليدَ تُصدِّقُه في الرَّهن، والإجارة، فإن قلنا: القولُ قولُ المالك، فحيلتُه أن يُفصِّلَ الجواب، ويقول: إن ادَّعيْتُ ملكاً مطلقاً، فلا يلزمُني التَّسليم، وإن ادَّعَيت مرهوناً عندي فحتى أُجِب[٤]، وقيل: هذا لا يُسمَعُ مردَّداً، ولكن حيلتُه أن يُنكِرَ ملكَه إن أنكرَ هو دَينَه، ويُلتفتُ[٥] إلى الظَّفرِ بغيرِ جنسِ حقِّه).

إذا ادعى مالاً وأسنده إلى جهة، بأن قال: «أقرضت منك كذا» وطالبه[٦] ببدله، أو قال: «غصبت عبدي، وتلف عندك، فعليك كذا ضماناً»، أو قال: «مزقت ثوبي، فعليك كذا أرشاً»، أو «اشتريت منك بكذا، وأقبضتك ثمنه، فعليك تسليمه»، أو «اشتريت مني كذا، فعليك ثمنه»، وطالبه بالمدعى، فليس على المدعى عليه، أن

---

(١) في (أ) و(ي) و(ظ): (فلا).

(٢) في (أ): (الملك)، وهو خطأ.

(٣) في (أ): (إن لو).

(٤) في (ظ): (أجيبك).

(٥) في (أ): (ويلف).

(٦) في (أ): (أو طالبه)، وفي (ظ): (يطالبه).

يتعرض في الجواب لتلك الجهة، بل يكفيه أن يقول: «لا يستحق علي شيئاً، ولا يلزمني تسليم شيء إليك»، وكذا يكفيه في جواب طالب الشفعة: «لا شفعة لك عندي»، أو «لا يلزمني تسليم هذا الشقص إليك»، وذلك لأن المدعي قد يكون صادقاً في الإقراض، والغصب، والشراء، والبيع، ويعرض ما يسقط الحق من أداءٍ أو إبراءٍ أو هبة، فلو نفى الإقراض، وما في معناه، كان كاذباً.

ولو اعترف، طولب بإقامة البينة على ما يزعم عروضه، وقد لا تساعده، فاقتضت الحاجة قبول الجواب المطلق[(١)].

وعلى هذا، إذا قالت المرأة: «طلقتني»، فقال: «أنت زوجتي»، كفاه هذا الجواب.

وإذا اقتصر المدعى عليه على الجواب المطلق، وأفضى الأمر إلى الحلف، حلف على ما أجاب، ولم يكلف التعرض لنفي الجهة المدعاة.

ولو حلف على نفي الجهة المدعاة بعد الجواب المطلق، جاز. قاله في «التهذيب»[(٢)].

ولو تعرض في الجواب للجهة المدعاة، فقال: «ما بعت»، أو «ما أقرضني»، أو «ما مزقت»، فالجواب صحيح أيضاً.

ثم إن حلف على وفق الجواب، فذاك، وإن أراد أن يقتصر في الحلف على أنه «لا يلزمه شيء» فيمكن كما لو أجاب في الابتداء كذلك، أو لا يمكن؛ لتطابق اليمين الإنكار؟ فيه وجهان مذكوران في مسألة اختلاف المتبايعين في قدم العيب وحدوثه، وفي مواضع سواها، والأظهر[(٣)]: الثاني، ويُحكى عن نصه[(٤)] رضي الله عنه، وعن أبي حنيفة أيضاً.

---

(١) انظر: هامش «العزيز» (١٣/ ١٧٥)، (رقم ٢).

(٢) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٢٥٥).

(٣) انظر: مسألة «اختلاف المتبايعين في قدم العيب وحدوثه». «الوجيز» (١/ ١٤٤)، و«الروضة» (٣/ ٣٨٨).

(٤) انظر: «المختصر» ص٨٣.

وعلى قياس الباب، لو كان في يده مرهون أو مستأجر، وادعاه مالكه، فيكفيه في الجواب، أن يقول: «لا يلزمني تسليمه»، ولا يجب التعرض للملك.

فإن أقام المدعي بينة على الملك، نقل في «الوسيط»[١] عن القاضي: أنه يجب عليه تسليمه. واعترض عليه، بأنه قد يصدق الشهود[٢].

ولا يجب التسليم لإجارة، أو رهنٍ.

ولو أنه اعترف بالملك، وادعى رهناً، أو إجارة، وكذّبه المدعي، فمن المصدق منهما؟ فيه وجهان ـ وهما اللذان سبق ذكرهما في الرهن، في باب الاختلاف[٣] ـ:

فإن صدق صاحب اليد، فذاك.

وإن صدق المالك ـ وهو المذهب ـ فمدعي الرهن، والإجارة، يحتاج إلى البينة[٤].

فإن كانت لا تساعده البينة[٥]، وخاف على جحود الراهن لو اعترف له بالملك، فما حيلته؟ فيه وجهان:

عن القفال: أن حيلته أن يفصل الجواب، فيقول: «إن ادعيت ملكاً مطلقاً، فلا يلزمني التسليم، وإن ادعيت مرهوناً عندي[٦] فحتى أجيب».

---

(١) انظر: (٧/ ٤١٢).

(٢) في (أ) و(ي) و(ظ): (في الشهود).

(٣) انظر: «الوجيز» (١/ ١٦٨)، و«الروضة» (٤/ ١٢٢).

(٤) انظر: «العزيز» (١٣/ ١٧٦) هامش (٢).

(٥) في (ز): (البينة لا تساعده).

(٦) قوله: (عندي) ليس في (ز).

وعن القاضي الحسين: أن الجواب لا يسمع مع التردد، ولكن حيلتهُ أن يجحد ملكه إن جحد صاحبه الدين، والرهن.

وعلى عكسه لو ادعى المرتهن الدين وخاف الراهن جحود[١] الرهن، لو اعترف بالدين: فعلى الوجه **الأول**، يفصل[٢] فيقول: «إن ادعيت ألفاً لي عندك به كذا رهناً، فحتى أجيب، وإن ادعيت ألفاً مطلقاً، فلا يلزمني».

وعلى **الثاني**: صارت العين مضمونة عليه بالجحود، فلمن عليه الدين أن يجحد، ويجعل هذا بذاك، ويشترط التساوي.

ونظم الكتاب يقتضي ترجيح الوجه الأول، وهو الذي أورده الفوراني.

وذكر أن المدعى عليه يفصِّل الجواب أبداً، ولا يكون ذلك إقراراً بشيءٍ، كما إذا ادعى عليه ألفاً، فقال: «إن ادعيت عن ثمن كذا، فحتى أجيب، وإن ادعيت عن جهة أخرى، فلا يلزمني».

هذا ما يكفي في هذا الموضع، ووراءه كلامان:

أحدهما: أنا إذا سمعنا الجواب المردّد، كما ذكره الفوراني، لزمنا أن نقنع منه بذاك، ويحوج المدعي إلى تعيين أحد القسمين، وحينئذ فإما أن يحوجه إلى بينة، وينص على تلك الجهة، أو يكتفي ببينة مطلقة:

إن اكتفينا ببينة مطلقة، لم ينتفع المدعى عليه بالتفصيل، وإحواج المدعى إلى تعيين أحد القسمين.

---

(١) في (أ): (جحوده).

(٢) في (ز): (يفصل الجواب).

وإن أحوجناه إلى بينة معينة، تضرر المدعي به؛ لأنه قد لا تساعده[١] البينة على البينة على إقرار الخصم بألف مطلق، ولا يساعده على الجهة، وقد يجد شهوداً يعرفون أنه كان له عليه ألفان، بجهتين، وعرفوا أنه أدّى ألفاً عن إحداهما، ولم يعرفوها بعينها، فيمكنهم أن يشهدوا بالألف، ولا يمكنهم تعيين الجهة، كما اكتفينا بالجواب المطلق من المدعى عليه، كي لا يلزمه ما ليس بلازم.

ولو عين الجهة، وعجز عن البينة الدافعة، وجب أن يكتفى بإطلاق المدعى من جهة المدعي[٢]، ولا تحوجه إلى تعيين الجهة؛ كي لا يفوت عليه ما هو فائت؛ للعجز عن البينة المعينة[٣].

والثاني: أن الوجه الثاني على ما أشار إليه في الكتاب، مأخوذ من مسألة الظفر بغير الجنس، وحينئذٍ، فالجحود بناءً على جعل شيء في مقابلِهِ شيء، كأنه مصور فيما إذا عرف المرتهن في الصورة الأولى، جحود الراهن الرهن[٤]، والدين.

قيل: إن ادعى الراهن عليه: «أن له في يده كذا»، وعرف الراهن في الصورة الثانية جحود المرتهن كون العبد في يده قبل أن يدعي العبد عليه، فأما إذا لم يعرف الجحود من قبل، فربما لا يجحدُ صاحبه لو أقرّ، فكيف يجوز له الإنكار بالوهم، وكيف نجعل شيئاً بشيءٍ، ولم نعرف جحود الخصم، وتعذر تحصيل[٥] الحق منه؟

---

(١) في (ظ): (قد تساعده).

(٢) من قوله: (وعجز عن البينة) إلى هنا ليس في (ي).

(٣) قوله: (المعينة) ليس في (ز).

(٤) قوله: (الرهن) ليس في (أ).

(٥) في (ظ): (حصول).

فرع:

ادعت على رجل ألفاً صداقاً، يكفيه أن يقول في الجواب: «لا يلزمني تسليم شيء إليها». قيل للقفال: هل للقاضي أن يقول: «هل هي زوجتك؟»، فقال: ما للقاضي ولهذا السؤال؟ لكن لو سئل فقال: «نعم». قضى عليه بمهر المثل، إلا أن يقيم البينة على «أنه نكحها بكذا»، فلا يلزمه أكثر منه. والله أعلم.

قال:

(الثالثة: إذا ادَّعى عليه ملكاً فقال: ليسَ لي، إنما هو وقفٌ على الفقراء، أو على ولدي، أو هو ملك طفلي[١]، انصَرفَت الخصومةُ عنه، ولا يمكنُ تحليفُ الطِّفل، ولا وليُّه، ولا تُنجيه[٢] إلا البيِّنة. ولو قال: ليسَ لي، أو: هو لمن لا أسمِّيه، لم يَنصرِف عنه الخصومة، وقيل: يأخذُه القاضي إلى أن تقومَ حجَّةُ المالك. ولو قال: هو[٣] لفلان، وهو حاضر، فيَحضرُ، فإن صدَّقَه انصرفَتِ الخصومةُ عنه، ولو كذَّبه، فالصَّحيحُ أن القاضيَ يأخذُه؛ ليَتبيَّنَ مُستحِقُّه. وقيل: يُسلَمُ إلى المدّعي[٤]؛ إذ لا مُنازِعَ له، وقيل: يُتركُ في يدِه إلى قيامِ حُجَّة).

إذا ادعى عقاراً أو منقولاً، على إنسان، وقال المدعى عليه: «إنه ليس لي»، فينظر: أيقتصر عليه، أو يضيفه إلى مجهول، أو يضيفه إلى معلوم؟

---

(١) في (ي): (طفل).

(٢) في (أ) و(ي): (تنجي).

(٣) قوله: (هو) ليس في (ي) و(ز).

(٤) في (ز) و(ظ): (للمدعي).

الحالة الأولى والثانية[١]: إذا اقتصر عليه، أو أضافه إلى مجهول، بأن قال: «هو لرجل[٢] لا أعرفه» أو «لا أسميه»، ففي انصراف الخصومة عنه، وانتزاع المال من يده وجهان عن ابن سريج:

أحدهما: ينصرف؛ لأنه تبرأ من المدعي، وينتزع الحاكم المال من يده، فإن أقام المدعي بينة على الاستحقاق فذاك، وإلا حفظه إلى أن يظهر مالكه.

وأصحهما: أنها لا تنصرف، ولا ينتزع المال من يده؛ لأن الظاهر أن ما في يده ملكه، وما صدر عنه ليس بمزيل، ولم يظهر لغيره استحقاقاً.

وعلى هذا، فإن أقر بعد ذلك لمعين، قبل وانصرفت الخصومة إلى ذلك المعين، وإلا فيقيم المدعي البينة عليه، أو يحلفه.

وهل يمكن من أن يعود ويدعيه لنفسه؟ ذكروا فيه وجهين[٣]، وفي المسألة وجه ثالث: وهو أنه يسلم المال إلى المدعي؛ لأنه لا مزاحم له في دعواه.

ولو قال في الجواب: «نصفه لي، والنصف الآخر لا أدري لمن هو»، ففي النصف الآخر، الوجوه الثلاثة.

الحالة الثالثة: إذا أضافه إلى معلوم، فالمضاف إليه ضربان:

أحدهما: من تمتنع مخاصمته، وتحليفه، كما إذا قال: «هو وقف على الفقراء» أو «على مسجد كذا» أو «على ابني الطفل»، أو «هو ملك له»، فالجواب في الكتاب[٤]: أن

---

(١) قوله: (والثانية) ليس في (ظ).

(٢) في (ظ): (رجل).

(٣) ورد بهامش «العزيز» (١٣/ ١٧٩): «لم يرجح المصنف منهما شيئاً. قال في «الخادم»: قال في «الانتصار»: إنه تقبل منه دعواه لنفسه على أصح الوجهين».

(٤) انظر: «الوجيز» (٢/ ٢٦٣)، و«الروضة» (١٢/ ٢٤).

الخصومة تنصرف عنه، ولا سبيل إلى تحليف الولي، ولا طفله[١]، ولا تغني إلا البينة.

وكذلك ذكره الشيخ أبو الفرج، وقال: إذا قضى القاضي له بالبينة، كتب صورة الحال في السجل؛ ليكون الطفل على حجته إذا بلغ.

وقال في «التهذيب»[٢]: ولو قال في الجواب: «إنه لابني الطفل» أو «وقف عليه»، فلا تسقط الدعوى بهذا، فإن أقام بينة أخذها، وإلا حلف المدعى عليه[٣]: أنه لا يلزمه تسليمها إليه، إذا كان هو قيم الطفل[٤].

والضرب الثاني: من لا تمتنع مخاصمته، وتحليفه، كما إذا أضاف إلى شخص معين، فهو إما حاضرٌ في البلد، أو غائب عنه:

القسم الأول: الحاضر في البلد فيراجع، فإن صدق المدعى عليه، انصرفت الخصومة عنه[٥] إلى المقر له.

وإن كذبه، ففيه ثلاثة أوجه، على ما سبق ذكرها في الإقرار[٦]:

ففي وجه: يترك في يد المدعى عليه.

وفي وجه: ينتزع، ويحفظ إلى أن يظهر مالكه، ويُحكى هذا عن ابن سريج.

وفي وجه: يسلم للمدعي؛ لأنه لا منازع له، ويُحكى هذا عن أبي إسحاق[٧].

---

(١) من قوله: (أو هو ملك له) إلى هنا ليس في (ظ).

(٢) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٣٣٤).

(٣) قوله: (عليه) ليس في (ظ).

(٤) قال النووي في «الروضة» (١٢/ ١٤): «اختار في «المحرر» قول البغوي».

(٥) قوله: (عنه) ليس في (ز) و(ظ).

(٦) انظر: «الوجيز» (١/ ١٩٦)، وما سلف (٨/ ٢٣٠)، و«الروضة» (٤/ ٣٥٨).

(٧) من قوله: (وفي وجه يسلم للمدعي) إلى هنا ليس في (ز).

وفي «الشامل» وجهٌ: أنه يقال للمدعى عليه: «من أقررت له كذبك، فإما أن تدعيه لنفسك فتكون الخصم، أو لمن يصدقك فيكون هو الخصم، فإن امتنعت جعلناك ناكلاً، وحلّفنا المدعي».

وأما لفظ الكتاب، فقوله: (انصرفت الخصومة عنه)، وقوله: (ولا وليه)، يمكن إعلامها بالواو؛ لما نقلناه عن «التهذيب»[1].

وقوله: (وهو حاضر فيحضر)، أي: حاضر في البلد.

وقوله: (ولو كذبه فالصحيح) إلى آخره، الوجه الأول: وهو أن القاضي يأخذه؛ ليتبين مستحقه.

والثالث: وهو أنه يترك في يده، قد ذكرهما في باب الإقرار، إذا كذب المقرّ له المقرّ، ولم يرجح واحداً منهما هناك، وهاهنا رجح وجه الانتزاع، والحفظ، وكذلك فعل صاحب «التهذيب»[2] و«التتمة».

والأكثرون على ترجيح الترك في يد المقر، على ما بينا هناك[3]. والله أعلم.

* * *

(١) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٣٣٤).

(٢) المصدر السابق (٨/ ٣٣٣).

(٣) تراجع ذلك في «الوجيز» (١/ ١٩٦)، وما سلف (٨/ ٢٣٠)، و«الروضة» (٤/ ٣٧٥).

قال:

(ولو أضافَ إلى غائب، ففي انصرافِ الخصومةِ عنه وجهان، فإن قُلنا: لا تنصرف، يُعرَضُ عليه اليمين؛ حتى يستفيدَ المدّعي بنكولِهِ اليمينَ، وانتزاعِ الشيءِ من يده، أو يقيمَ البيِّنةَ ويأخذَ ثمنَه، ثم الغائبُ إن رجعَ كانَ هو صاحبَ اليد، فيستأنفُ الخصومةَ معه[1]، وإن قلنا: تَنصرفُ عنه، فلو كانَ للمُدَّعي بيِّنة، فهو قضاءٌ على الغائب، فيحتاج إلى يمين معه، فلو كانَ لصاحبِ اليدِ بيِّنةٌ على أنه للغائب، سُمِعَت إن أثبتَ وكالةَ نفسه، وقُدِّمَت على بيِّنةِ المدَّعي، وإن لم يُثبِت الوكالة، فهل تُسمَع؟ إن قلنا: إن[2] للمُدَّعي تحليفُه رجاءَ أن يُقِرَّ له فيَغرمَ بالحيلولة، فله غرضٌ في إقامةِ البيِّنة؛ لصَرفِ اليمينِ عن نفسِه، ففيه وجهان، أظهرُهما: أنه لا تُسمَع؛ إذ ليسَ بمالك، ولا وكيل، فإن ادعى لنفسه عُلقة رهنٍ، أو إجارة[3]، فوجهان، وأولى بأن يُسمَع، فإن سُمِعَ لصَرفِ[4] اليمينِ عنه، فبيِّنةُ المدَّعي في الحالِ مُقدَّمة، فإن رجعَ الغائب، وأعادَ البيِّنةَ قُدِّمَت بيِّنتُه، وإن سَمِعنا لعلقةِ الإجارة، والرَّهن، فأيُّ البيِّنتَينِ تُقدَّم؟ فيه وجهان).

القسم الثاني: الغائب، فإذا أضاف المدعى عليه غائبٍ، ففي انصراف الخصومة عنه وجهان:

---

(١) قوله: (معه) ليس في (ز).

(٢) قوله: (إن) ليس في (ي).

(٣) في (ز): (إجارة أو رهن).

(٤) في (ظ): (صرف).

المذكور في «التهذيب»[1] و«الرقم»، وظاهر لفظ «المختصر»: أنها لا تنصرف؛ لأن المال في يده، والظاهر أنه له، فلا يمكن من صرف الخصومة عن نفسه بالإضافة إلى غائبٍ قد يرجع وقد لا يرجع، ويخالف ما إذا أضاف إلى صبيٍّ أو مجنونٍ، فإن هناك يمكن مخاصمة وليه.

وأظهرهما ـ وهو جواب أكثرهم ـ: أنها تنصرف؛ لأن المال بظاهر الإقرار لغيره، ألا ترى أن الغائب إذا عاد وصدقه أخذه، وإذا كان المال لغيره، وجب أن تكون الخصومة معه.

ثم عن أبي عاصم العبادي: أن الوجهين فيما إذا قال: «إنه لفلان، وهو في يدي بإجارة» أو «إعارة» أو «وديعة»، أو غيرها.

فأما إذا اقتصر على: «أنه ليس لي، وإنما هو لفلان»، وقد ذكر ليده جهة لم تنصرف الخصومة عنه بحال، والجمهور، لم يفرقوا بين الحالتين.

التفريع:

إن قلنا: لا تنصرف الخصومة عنه، نُظِرَ: إن لم تكن للمدعي بينة، فله تحليف المدعى عليه على «أنه لا يلزمه تسليمه إليه»، فإن نكل، حلف المدعي، وأخذ المال من يده، ثم إذا عاد الغائب، وصدق المقر، فيرد المال عليه بلا حجة؛ لأن اليد له بإقرار صاحب اليد، والمدعي يستأنف الخصومة معه أو على الغائب[2].

وإن أقام المدعي بينة على الحاضر، أخذ المال أيضاً.

ثم هو قضاء على الحاضر الذي تجري الخصومة[3] معه، أو على الغائب؛ لأن

---

(١) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٣٣٣).

(٢) قوله: (أو على الغائب) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

(٣) من قوله: (أو على الغائب) إلى هنا سقط من (ز).

المال له بموجب الإقرار؟ فيه وجهان، نقلهما صاحب «التهذيب»[١] وغيره.

المستمر منهما على الوجه الذي عليه[٢] يفرع: أنه قضاءٌ على الحاضر؛ حتى لا يحتاج المدعي مع البينة إلى اليمن.

ويكتب القاضي في السجل: «أنه قضى له بالبينة بعد ما أقر المدعى عليه أنه لفلان الغائب»؛ ليكون الغائب على حجته.

فإذا عاد وأقام البينة، فيقضي له؛ لترجيح جانبه باليد. وإن لم يقم، أقر المال في يد المدعي، فإن التمس من القاضي أن يزيد في السجلّ: «أن الغائب قد قدم، ولم يأت ببينة»، أجابه إليه.

وإن قلنا: تنصرف الخصومة عنه، فإن لم يكن للمدعي بينة، فيوقف الأمر إلى أن يحضر الغائب. وإن كانت له بينة، فيقضى له بالمال، وهذا قضاء على الغائب، أو على الحاضر الذي تجري الخصومة معه؟ ذكر العراقيون وغيرهم، فيه وجهين:

أحدهما: أنه قضاء على الغائب، فيحتاج معه إلى اليمين.

وثانيهما: أنه قضاء على الحاضر، فلا حاجة إلى اليمين، وبه قال أبو إسحاق، ورجح العراقيون والروياني هذا الوجه. لكن الأول أقوى، وأليق بالوجه المفرع عليه، وهو المذكور في الكتاب، واختيار الإمام[٣].

وهذا كله فيما إذا لم يُقِمْ المدعى عليه بينة على أن المال للغائب، فإن أقام عليه بينةً، نظر: إن ادعى أنه وكيل من جهة الغائب، وأثبت الوكالة، فبينته على أن المال للغائب مسموعة ومرجحة على بينة المدعي.

---

(١) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٣٣٣).

(٢) قوله: (عليه) ليس في (ز).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ١٢٧).

وإن لم تثبت الوكالة، فقد حكى الإمام[1] في سماع بينته ثلاثة أوجه:

أحدها ـ وبه قال الشيخ أبو محمد ـ: أنها لا تسمع؛ لأنه ليس بمالك، ولا نائبٍ عنه، فإقامة البينة فضول منه. فعلى هذا، الحكم كما لو لم يقم بينة.

والثاني: أنها مسموعة؛ لتندفع التهمة عنه بالاحتيال في الإضافة إلى الغائب.

والثالث: إن اقتصرت البينة على أنه لفلان الغائب، لم تسمع، وإن تعرضت مع ذلك؛ لكونه في يد المدعى عليه، بعارية، أو غيرها من الجهات سمعت.

وهكذا نقل الوجوه صاحب الكتاب في «الوسيط»[2].

وبنى هاهنا سماع البينة على أن المدعِي هل يحلفه، إذا قلنا بانصراف الخصومة عنه؛ ليغرمه القيمة، إن أقر له؟ على ما سنذكره إثر هذا الفصل، وفيه خلافٌ.

إن قلنا: لا يغرمه، فلا يحلفه، ولا تسمع البينة.

وإن حكمنا بالتغريم، والتحليف، ففي سماع البينة وجهان:

أظهرهما ـ على ما ذكره ـ: المنع؛ لأنه ليس بمالك، ولا وكيل.

ووجه **الثاني**: أنه يستفيد بالبينة، صرف اليمين عن نفسه.

قال الإمام[3] وصاحب الكتاب: وإذا قلنا: لا تسمع البينة المقامة على «أن المال لفلانٍ»، فلو ادعى لنفسه فيه حقاً لازماً، كرهنٍ وإجارةٍ، وتعرضت البينة لذلك أيضاً، ففي السماع[4]، وجهان، لتعلق حقه به.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ١٢٧-١٢٨).

(٢) انظر: «الوجيز» (٢/ ٢٦٣)، و«الوسيط» (٧/ ٤١٣).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ١٣٠).

(٤) في (أ) و(ظ): (سماع البينة).

وإذا سمعنا بينته تصرف اليمين عنه، فيحكمُ للمدعي ببينته.

فإن رجع الغائب، وأعاد البينة، قدمت بينته، وإذا سمعناها لعلقة الرهن[١] والإجارة، فتقدم هذه البينة، أو بينة المدعي؟ فيه وجهان:

قال في «الوسيط»[٢]: **أظهرهما**: تقديم بينة المدعي، وتصير فائدة بينته، صرف[٣] اليمين عنه. هذا ما ذكره.

والذي فهمته من كلام الأصحاب، وينبغي أن يفتى بموجبه: أن للمدعي ـ وقد أضاف المدعى عليه المال إلى الغائب ـ خصومة معه، وأخرى على الغائب.

فإذا أقام البينة، انصرفت الخصومة عنه لا محالة، ولا يجيء فيه الوجهان المذكوران فيما إذا اقتصر على الإقرار للغائب، فتسمع البينة التي يقيمها في حقه؛ لصرف[٤] الخصومة عنه، ولدفع التهمة عنه أيضاً، ولدفع اليمين أيضاً.

إذا قلنا: إن المدعي يتمكن من تحليفه، وبنوا على انصراف الخصومة عنه أن المدعي لو أقام البينة والحالة هذه، فلا بد له من اليمين مع البينة، والقضاء قضاء على الغائب، وجهاً واحداً[٥].

وأما بالإضافة إلى الغائب فهي غير مسموعة، حتى لا يحكم للغائب بالملك بالبينة التي يقيمها الحاضر على أنه الغائب.

---

(١) في (ظ): (الإجارة والرهن).

(٢) (٧/ ٤١٣).

(٣) في (ز): (على صرف).

(٤) في (أ) و(ي) و(ظ): (لنصرف).

(٥) انظر: «الروضة» (١٢/ ٢٦).

فإن تعرض الشهود مع ذلك لكونه في الرهن الحاضر، أو إجارة، فيه وجهان:

عن أبي إسحاق: أن من الأصحاب من قال: تسمع هذه البينة للغائب أيضاً؛ لأن الحاضر يدعي لنفسه حقاً، ويقيم البينة عليه، فلا بد من إثباته، ولا يثبت حقه إلا بثبوت ملك الغائب، وعلى هذا فترجح بينته على بينة المدعي؛ لتقويها باليد.

والثاني: أنه لا يتمكن من إثبات الملك[١] للغائب مقصوداً، ولا يتمكن منه[٢] في ضمن إثبات الحق لنفسه، وعلى هذا فالعمل ببينة المدعي.

والناقلون رجحوا الوجه الثاني، ولا بأس بالأول، وتوجيهه.

وقوله في الكتاب: (وإن قلنا: تنصرف عنه)، يجوز أن يعلم لفظ الانصراف بالحاء؛ لأنه يحكى عن أبي حنيفة[٣] رحمه الله: أنها لا تنصرف.

وقوله: (فهو قضاء على الغائب)، وقوله: (فيحتاج إلى يمين معه)، معلمان بالواو؛ لما بيناه.

قال:

(وحيثُ تنصرفُ الخصومةُ عنه، فللمُدَّعي تحليفُه؛ بناءً على الأصحِّ في أنه لو أقرَّ للثّاني غَرِمَ له القيمة).

متى[٤] حكمنا بانصراف الخصومة عن المدعى عليه، إما بإقراره لحاضر، أو بإقراره لغائب، أو مجهولٍ على أحد الوجهين، فهل للمدعي تحليفه؟ فيه قولان مبنيان

(١) في (ز): (للمالك).

(٢) قوله: (منه) ليس في (أ).

(٣) انظر: «الهداية» (٣/ ١٦٧)، و«فتح القدير» (٧/ ٢٢٤).

(٤) قوله: (متى) ليس في (ي)، وفي (أ): (ومتى إن).

على أنه لو أقر له بعد ما أقر لغيره، هل يغرم القيمة؟ وفيه خلاف مشروح في موضعه[1]:

إن قلنا: نعم، فله تحليفه؛ فلعله يقر فيغرمه القيمة. وإن قلنا: لا: فإن قلنا[2]: النكول، وردّ اليمين، كالإقرار، فلا يحلفه؛ لأنه وإن أقر، أو نكل، وحلف المدعي، لم يستفد شيئاً.

وإن قلنا: كالبينة، فله التحليف؛ لأنه قد ينكل فيحلف المدعي، وإذا حلف أخذ القيمة، وكأن العين تالفة.

وفيما علق عن الإمام[3] وجهاً: أنه يسترد العين من المقر له، وفاءً بتنزيله منزلة البينة.

وإذا قلنا: بوجوب القيمة، وأخذها بإقرار المدعى عليه ثانياً، أو بيمين المدعي بعد نكوله، ثم سلمت له العين بالبينة أو بيمينه بعد نكول المقر له، فعليه ردّ القيمة؛ لأنه إنما أخذ القيمة للحيلولة، وقد ارتفعت الحيلولة.

فروع:

ادعى «أن هذه الدار وقف عليّ»، وقال من في يده: «هي ملك لفلانٍ»، وصدقه فلان، وانتقلت الخصومة إليه، قال في «التهذيب»[4]: ليس له طلب القيمة من المقر؛

---

(١) انظر: «الوجيز» (١/ ١٩٦)، وما سلف (٨/ ٣٦٢)، و«الروضة» (٤/ ٣٥٨).

(٢) لفظة: (قلنا) ليست في (أ).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ١٢٤).

(٤) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٣٣٤). ورد بهامش «العزيز» (١٣/ ١٨٤): «هذا الذي نقله عن البغوي، قال القاضي الحسين: لا خلاف فيه، لكنه صور المسألة بما إذا قال المدعي: وهي وقف علي، ثم قال المدعى عليه: هي وقف علي، فقال: لا خلاف أنه ليس للمدعي طلب تحليفه لأجل التغريم، لأنه إنما يحلف على ما يدعيه أنه فوت عليه، وهاهنا قيمة الدار لو أخذها لا تقوم مقام الوقفية. قال: لكن له أن يجيء كل شهر ويدعي عليه أجرة ذلك».

لأنه يدعي الوقف، ولا يعتاض عن الوقف، وكان لا يبعد طلب القيمة؛ لأن الوقف مضمون عند الإتلاف، والحيلولة في الحال كالإتلاف.

ولو رجع الغائب، وكذب المدعى عليه في إقراره، فالحكم كما ذكرناه فيما إذا أضاف إلى حاضر وكذبه[١].

ولو أقام المقر له الحاضر أو الغائب بعد رجوعه، البينة على الملك، لم يكن للمدعي تحليف المقر ليغرمه، فإن الملك استقر بالبينة، وخرج الإقرار عن أن يكون للحيلولة. والله أعلم.

قال:

(الرابعة: إذا خَرجَ المبيعُ مُستَحَقّاً، فله الرُّجوعُ على البائعِ بالثَّمن[٢]، فإن[٣] صرَّحَ في نزاعِ المدَّعي، بأنه كانَ ملكَ البائع، ففي الرُّجوعِ وجهان، أصحُّهما: أنه يَرجِع، ولو أخذَ جاريةً بحُجَّة، فأحبلَها، ثم كَذَّبَ نفسَه، فالولدُ حرٌّ، والجاريةُ مُستولَدة، وعليه قيمتُها[٤] للمُقِرِّ له معَ المهر، وقيل: إن الجاريةَ للمُقِرِّ له إن أقرَّت بصِدقِه في الرُّجوعِ).

إذا اشترى ثوباً أو عبداً من إنسان، فجاء آخر، وادعى أنه له، نُظِر: إن ساعده المشتري، وأقر له بما ادعاه، لم يكن له أن يرجع بالثمن على بائعه؛ لأن إقراره لا يلزم البائع غرماً، ولا تنتهض[٥] حجةٌ عليه.

---

(١) انظر: «الوجيز» (٢/ ٢٦٣)، و«الروضة» (١٢/ ٢٤).

(٢) في (أ): (باليمين).

(٣) في (ي): (فلو).

(٤) في (أ): (وقيمة الولد مع المهر).

(٥) في (ظ): (تنتهز).

وإن استُحْلف فنكل، وحلف المدعي، وأخذ[1] المال، قال الشيخ أبو علي: ليس له الرجوع بالثمن أيضاً وجهاً واحداً؛ لتقصيره بالنكول، وحلف المدعي بعد نكوله، قائم مقام إقراره. ويجوز أن يفرض في هذا خلافٌ، بناءً على أنه كالبينة[2].

وإن أثبت المدعي الاستحقاق بالبينة وأخذ المال، فينظر: إن لم يصرح في منازعة المدعي بأنه «كان ملكاً لبائعي»، ولا بأنه «ملك لي»، فإن سكت، وأقيمت البينة عليه، فله الرجوع بالثمن لا محالة.

وإن صرح بذلك فوجهان:

أحدهما: لا يرجع؛ لأن المدعي ظالم باعترافه، والبائع غير مقصر، فلا يظلمه المشتري بأن ظلم[3].

وأصحهما: الرجوع مهما قال: «ذكرت[4] ذلك على رسم الخصومة»، أو «اعتمدت ظاهر اليد»، ثم يبين خلاف ذلك الظاهر بالبينة.

ويجري الوجهان فيما إذا قال في الابتداء: «بعني هذا العبد[5]، فإنه ملكك»، ثم قامت البينة على الاستحقاق.

ولا يجريان فيما إذا كان الموجود مجرد الشراء، وإن كان الشراء[6] إقراراً للبائع

---

(١) في (أ): (أخذ) دون واو.

(٢) قال النووي في «الروضة» (١٢/ ٢٨): «هذا ضعيف أو باطل، لأن المذهب أنه إنما يكون كالبينة في حقّ المتنازعين دون غيرهما، وكذا نقل الشيخ أبو علي تحرير المذهب الاتفاق على عدم الرجوع».

(٣) (بأن ظلم): هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: بأي ظلمٍ، حتى يستقيم المعنى. والله أعلم.

(٤) قوله: (ذكرت) ليس في (أ) و(ي).

(٥) في (ظ): (هذه الدار فإنها).

(٦) قوله: (وإن كان الشراء) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

بالملك، وفرقوا بأن ذلك إقرارٌ[١]، تضمنه الشراء، فيبطل ببطلان المبايعة، والإقرار المستقل بخلافه.

ومن اشترى عبداً في الظاهر، فقال: «أنا حُرّ الأصل»، فقد مرَّ: أن القول قوله، وأن على المشتري إقامة البينة على رقه، أو على إقراره بالرق له، أو للذي[٢] باعه منه، فإذا حلف حكم في الظاهر بحريته. ثم أطلق ابن الحداد: أنه لا يرجع المشتري على البائع بالثمن. وفصل أكثرهم، فقالوا: إن لم يصرح في منازعته «بأنه رقيق»، فيرجع، كما لو أقام بينة على الحرية؛ لأنه لم يوجد منه ما يبطل الرجوع. وإن صرح بذاك، فعلى الوجهين.

وقطع الشيخ أبو علي: بأنه لا يرجع[٣]، وفرق بين يمينه[٤]، وبين البينة، بقوة[٥] البينة.

فروع، منقولة من كلام القاضي أبي سعد الهروي:

إذا أقرّ المشتري للمدعي بالملك، ثم أراد إقامة البينة على أنه للمدعي، ليرجع بالثمن على البائع، لم يُمكن؛ لأنه يثبت[٦] الملك لغيره من غير نيابة، ولا وكالة، كيف والمدعي لو أراد إقامة البينة والحالة هذه، لم يلتفت إليه؛ لاستغنائه عن البينة بالإقرار.

ويجوز له تحليف البائع؛ لأنه ربما يقر فيرجع. فإن نكل، فهل يحلف المشتري يمين الرد؟ إن قلنا: إن النكول، واليمين، كالإقرار، فنعم. وإن قلنا: كالبينة، فلا.

---

(١) قوله: (إقرار) ليس في (أ).
(٢) في (أ): (والذي).
(٣) قوله: (وقطع الشيخ أبو علي: بأنه لا يرجع) ليس في (ظ).
(٤) في (أ) و(ظ): (يمينها)، وفي (ي): (بينها وبين).
(٥) في (ي): (لقوة).
(٦) في (ظ): (لم يثبت).

ولو ادعى المسترق المشترى: «أنه حر الأصل»، واعترف به المشتري، ثم أراد إقامة البينة على أنه حرّ الأصل، مكّن؛ لأن الحرية حقّ الله تعالى، ولكل أحد إثباتها. وإذا ثبتت الحرية، ثبت الرجوع.

ولا يكفي للرجوع، إقامة البينة على مطلق الحرية؛ لاحتمال أن المشتري، هو الذي أعتقه.

ولو أقام المشتري بعد ما أقر للمدعي البينة على إقرار البائع بالمال المدّعى، فهي مقبولة، ويثبت بها حق الرجوع؛ لأنه لما تبين إقرار البائع من قبل، لُغِي إقرار المشتري.

هكذا ذكره الشيخ أبو عاصم. قال أبو سعد: وهو الظاهر، وغيره محتمل؛ لأن إقراره في الابتداء تقصيرٌ.

ولو أقام مُدعي الاستحقاق البينة، وأخذ المال، ثم قامت بينة على أن البائع كان قد اشتراها من هذا المدعي، سمعت، ورد الحكم الأول، وكانت الجارية للمشتري بالمبايعة السابقة.

هذا هو الكلام في إحدى صورتي الفصل.

الثانية: جارية في يد رجل، ادعى مدعٍ «أنها له»، وأنكر صاحب اليد، فأقام المدعي البينة، أو حلف بعد نكول صاحبه، فحكم له بها، فأخذها، وعاد بعد ما غشيها، فقال: «كذبت في دعواي، ويميني، والجارية للذي كانت في يده»: فعليه أن يردها، ويغرم مهرها، وأرش النقص إن حدث فيها نقص.

ولا يقبل قوله: «إنها كانت زانية»؛ لأنها تنكر ما يقول.

وإن أولدها، ثم كذب نفسه، لم يقبل قوله في إبطال حُرّية الولد، وفي الاستيلاد؛ لأن إقراره لا يلزم غيره، ولكن عليه قيمة الولد، والأم مع المهر.

وليس له وطؤها بعد ذلك، إلا أن يشتريها منه، وتعتق بموته، وولاؤها موقوف.

وإن وافقته الجارية في الرجوع، ففي بطلان الاستيلاد وجهان:

أظهرهما: المنع، ولا يرتفع الاستيلاد المحكوم به برجوع محتمل.

والثاني: يبطل؛ لأنهم توافقوا عليه، والحق لا يعدوهم.

ولو أن صاحب اليد أنكر، وحلف، وأولد الجارية، ثم عاد وقال: «كنت مبطلاً في الإنكار، والجارية للمدعي»، فالكلام في المهر، وقيمة الولد، والجارية، والاستيلاد، على ما ذكرنا في طرف المدعي[1].

وقوله في الكتاب: (فلو صرّح في نزاع المدعي، بأنه كان ملك البائع، ففي الرجوع، وجهان)، لا يختصان بما إذا قال: «كان ملكاً للبائع»، بل يجريان فيما إذا قال: «هو ملكي»، ولا فرق بينهما على ما بيناه.

وقوله: (ولو أخذ جارية بحجة)، أطلق لفظ الحُجّة؛ لينتظم ما إذا أخذ بالبينة، وفيه صورٌ في «الوسيط»[2]، وما إذا أخذنا باليمين بعد النكول، وفيه صور ابن الحداد، وأكثر من تكلم في المسألة.

واعلم أن الصورة الثانية، لا اختصاص لها بالركن الذي فيه الكلام، وهو جواب المدعى عليه، وكذا الصورة الأولى، إلا من جهة أنه فرض التصريح، بكونه للبائع في جواب المدعي، والنزاع معه.

لكن عرفت أنه لا فرق بين أن يكون هذا التصريح، في جواب المدعي، أو في ابتداء الشراء، والوجهان جاريان في الحالتين.

---

(١) انظر: «الروضة» (١٢/ ٨).

(٢) انظر: (٧/ ٤١٦).

قال:

(الخامسة: جوابُ دعـوى القصاصِ على العبـد، يُطلبُ من العبد، ودعوى الأرشِ يطلبُ جوابُه من السَّيِّد، ولكن له تحليفُ العبد؛ ليَتعلَّقَ بذِمَّتهِ إن قلنا: إن الأرشَ يَتعلَّقُ بذِمَّتِه، وسَمِعنا الدَّعوى بالدَّينِ المُؤجَّلِ أيضاً).

ما يقبل إقرار العبد فيه، كالقصاص، وحد القذف، فالدعوى فيه تكون على العبد، والجواب يطلب منه.

وما لا يقبل إقراره فيه، وهو الأرش، وضمان الأموال، فلتتوجه[1] الدعوى فيها على السيد، فإن الرقبة التي هي متعلقها حق للسيد، فإن توجهت[2] الدعوى على العبد، فمفهوم ما نقل الأئمة فيه طريقان:

أحدهما ـ وهو الذي يشتمل عليه الكتاب ـ المنع؛ لأن إقراره بها[3] غير مقبول[4].

نعم، هل للمدعي تحليفه؟ يبنى ذلك على أن الأروش المتعلقة بالرقبة، هل تتعلق بالذمة أيضاً؟ وفيه قولان مذكوران في موضعهما[5]: فإن قلنا: تتعلق فلا طلبة، ولا إلزام في الحال، وإنما هو شيء يتوقع من بعد، فيكون كالدين المؤجل.

---

(١) في (أ) و(ي) و(ظ): (فلتوجه).

(٢) في (ي) و(ظ): (وجهت).

(٣) قوله: (بها) ليس في (أ).

(٤) في (ي): (مقبولة).

(٥) في كتاب العتق.

ويجيء الخلاف الذي مر في سماع الدعوى بالدين المؤجل: فإن سمعناها، فله تحليف العبد. فإن نكل وحلف المدعي اليمين المردودة، لم يكن له التعلق بالرقبة؛ لأن اليمين المردودة، وإن جعلت كالبينة، فلا تؤثر إلا في حق المتداعيين، والرقبة حق السيد.

وفيه وجه: أن له التعلق بالرقبة إذا جعلناها كالبينة.

هذا ما حكاه صاحب الكتاب هاهنا، وفي «الوسيط»[1]، وذكر الإمام[2] نحواً منه.

والثاني ـ وهو المذكور في «التهذيب»[3] في باب مداينة العبيد ـ: أن الدعوى على العبد مسموعةٌ، إن كان للمدعي بينة. وإن لم تكن له بينةٌ: فإن جعلنا النكول، ورد اليمين كالبينة، سمعت أيضاً، فلعله ينكل فيحلف المدعي. وإن قلنا: إنها كالإقرار، فلا تسمع.

وفي كلّ واحدٍ من الطريقين إشكال[4]:

أما الأول: فلأن قضية البناء على الأصلين المذكورين: أن تسمع الدعوى عليه؛ لإقامة البينة، والتحليف جميعاً، ولا يختص التحليف بالنظر والكلام، وهم إنما تكلموا في التحليف.

وأما الثاني: فلأن[5] ظاهره تعلقُ الأرش بالرقبة، بإقامة البينة في وجه العبد، لكن الرقبة للسيد، فينبغي أن تقام البينة في وجهه، أو وجه نائبه.

---

(١) انظر: «الوجيز» (٢/ ٢٦٣)، و«الوسيط» (٧/ ٤١٦).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ١٩٩-٢٠٠).

(٣) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٥٦١).

(٤) في (أ): (حيلة)، وفي (ي): (حنكة).

(٥) في (أ): (فإن).

والمتوجه أن يقال: تسمع الدعوى عليه لإثبات الأرش في ذمته؛ تفريعاً على الأصلين المذكورين. ولا تسمع الدعوى والبينة عليه؛ لتعلقه بالرقبة. والله أعلم.

قال:

(السادسة: إذا ادّعى، ولم يَحلِف، وقال: لي بيِّنة، فاطلُبوا منه كفيلاً، لم يَلزمه ذلك، وإن جرى به رسمُ القُضاة، وإذا أقامَ فله طلبُ الكفيلِ قبلَ التَّعديل).

من ادعى على إنسان عيناً أو ديناً ولم يحلفه، وطلب كفيلاً منه ليأتي بالبينة، لم يلزمه إعطاء كفيل، وإن اعتاد القضاة خلافهُ. هذا هو المشهور.

ورأيت لبعض المتأخرين: أن الأمر فيه إلى رأي الحاكم.

وإن أقام شاهدين، وطلب الكفيل إلى أن يُعدلا، طولب به[1]؛ لأنه أتى بها عليه، والنظر في حال الشهود من وظيفة القاضي، والظاهر العدالة. فإن امتنع من إعطاء الكفيل حبس لـهذا الامتناع، لا لثبوت الحق، والامتناع منه. هكذا أطلق الإمام[2]، وصاحب الكتاب، لكن يجيء فيه الخلاف من وجوه:

أحدها: أن في أصل كفالة البدن قولاً مذكوراً في باب الضمان: أنها لا تصح[3].

والثاني: في «فتاوى القفال»: أنه لا يلزمه أن يعطي كفيلاً؛ لأن الحق لم يثبت بعد، لكن للحاكم أن يطالبه به إذا أدى اجتهاده إليه، وخاف منه الهرب.

---

(١) وهو الصحيح. انظر: «الروضة» (١٢/ ٣١).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ١٩٩).

(٣) لأنها ضمان ما لا يدخل تحت اليد ولا يقدر على تسليمه. والصحيح أن كفالة البدن صحيحة وهو المشهور. انظر: «الوجيز» (١/ ١٨٤)، وما سلف (٧/ ٤٧٥)، و«الروضة» (٤/ ٢٥٣).

والثالث: أنا ذكرنا في آخر الباب الثاني من الشهادات: أن المدعى إذا كان عيناً، ينتزع في هذه الحالة، وإن كان ديناً فيحبس المدعى عليه على أحد الوجهين[1]، وكل واحدٍ من الانتزاع والحبس مغنٍ عن الكفيل، فإن طلب المدعي الكفيل دون الانتزاع والحبس، فيجوز أن لا يجاب أيضاً؛ لما على المكفول ببدنه من تحمل منه الكفيل.

ولا يخفى أن المسألة لا اختصاص لها بركن الجواب. والله أعلم.

❋ ❋ ❋

(١) انظر: «الروضة» (١١/ ٢٥٦-٢٥٧).

قال رحمه الله:

(الركنُ الثالث[١]: في الحلف:

والنَّظرِ[٢] في الحلف، والحالف، والمحلوفِ عليه، والحكم:

أما الحلف: فيَجري فيه التَّغليظ، إلا في مال هو دونَ نصابِ الزّكاة. ولو أنكرَ السَّيِّدُ عتقَ عبدٍ خسيسٍ، لم تُغلَّظ يمينُه، فإن نكل؛ غُلِّظَ على العبد؛ لأنه يدَّعي العتق، وكلُّ ما لا يثبتُ بشاهدٍ ويمين، يجري فيه التَّغليظ. ويجري أيضاً في عيوبِ النِّساء، وكيفيَّتِه، وكونهِ مُستحَقّاً أو مستحَبّاً، ذكرناه في اللِّعان. ويُغلَّظُ على المُخدَّرةِ بحضورِ الجامع، ولا تَعذُّرَ بالتَّخدُّر. وشرطُ اليمينِ أن يطابقَ الإنكار، وأن يقعَ بعدَ عرضِ القاضي، فلو بادرَ قبلَ طلبِ[٣] القاضي، لم يُعتَدَّ به[٤]).

أحد الأركان التي تدور عليها الخصومات الشرعية: اليمين على ما مرّ، وقد تكلم في هذا الركن في أربعة أطرافٍ: نفس الحلف، وما يحلف عليه، ومن يحلف[٥]، وما يحلف له، وهو فائدته وحكمه.

فأما ما يحلف به: فموضع بيانه في كتاب الأيمان.

---

(١) في (ز): (الثاني).

(٢) قوله: (في الحلف والنظر) ليس في (ز).

(٣) في (ظ): (عرض).

(٤) في (ظ): (بها).

(٥) قوله: (ومن يحلف) ليس في (أ).

وأما من يحلف له، فهو الخصم، وأمره ظاهر[(١)].

أما الطرف الأول، وهو نفس الحلف، فصيغ اليمين مستوفاة في موضعها، والمقصد الآن بيان قاعدتين:

إحداهما: للتغليظ مدخلٌ في الأيمان المشروعة في الدعاوى، مبالغة في الزجر، وتأكيداً في الأمر، وفيه مسائل:

إحداها: التغليظ يقع بوجوهٍ:

أحدها: التغليظ اللفظي، وهو على ضربين:

- **أحدهما**: التعديد[(٢)] والتكرير، وهو مخصوص بالقسامة واللعان، وواجب فيهما.

- **والثاني**: زيادة الأسماء والصفات، بأن يقول: «والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السرّ ما يعلم من العلانية».

أو يقول: «بالله الطالب، الغالب المدرك، المهلك، الذي يعلم السر وأخفى»، وهذا الضرب مستحب، فلو اقتصر على قوله: «بالله» كفى.

واستحب الشافعي رضي الله عنه أن يُقْرأ على الحالف قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ ٱللَّهِ وَأَيْمَـٰنِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا﴾ الآية[(٣)]، وأن يُحضر المصحف، ويوضع في حِجْرِ الحالف.

وذكر بعض الأصحاب: أنه يحلف قائماً زيادة في التغليظ.

والوجه **الثاني**: التغليظ بالمكان.

---

(١) انظر: «الوجيز» (٢/ ٢٢٣ - ٢٢٤)، و«الروضة» (١١/ ١٠-١١).

(٢) في (أ): (التعديل).

(٣) سورة «آل عمران» من آية (٧٧). وانظر: «مختصر المزني» ص٣٠٨، و«الحاوي» (٢١/ ٢٢٢)، وهامش «العزيز» (١٣/ ١٩٠).

والثالث: التغليظ بالزمان. وهما بتفصيلهما مذكوران في باب اللعان[١].

والتغليظ بالمكان مستحب، أو واجب؛ حتى لا يعتد بالحلف في مكان آخر؟ فيه قولان، أصحهما: الأول[٢].

وفي التغليظ بالزمان، طريقان:

منهم: من جعله على القولين.

ومنهم: من قطع فيه بالاستحباب.

وعن ابن القاص: القطع بالاستحباب في التغليظ بالمكان[٣] أيضاً.

ورأى الإمام[٤]: طرد الخلاف في الضرب الثاني من التغليظ اللفظي أيضاً.

ومن وجوه التغليظ المذكورة في اللعان: التغليظ بحضور جمع، ولم يذكروه هاهنا[٥].

ويشبه أن يقال: الأيمان التي تتعلق بإثبات حدٍّ، أو دفع حدٍّ، يكون[٦] التغليظ فيه بالجمع كما في اللعان.

ثم التغليظ يكون بطلب الخصم، أم يغلظ[٧] القاضي وإن لم يطلب الخصم؟ حكى القاضي ابن كج فيه وجهين، وذكر: أنَّ الأصحّ منهما الثاني.

---

(١) انظر: «الوجيز» (٢/ ٩١)، و«الروضة» (٨/ ٣٥٤).

(٢) انظر: «الروضة» (١٢/ ٣٢)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٤٧٣).

(٣) انظر: «أدب القاضي» (١/ ٢٣٥).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (١٨/ ٦٥٠).

(٥) انظر: «الوجيز» (٢/ ٨٥)، و«الروضة» (٨/ ٣٥٤).

(٦) في (ز): (يجري).

(٧) قوله: (أم يغلظ) ليس في (ظ).

ويشبه أن يكونا جاريين، سواءً قلنا: بالاستحباب، أو بالإيجاب.

المسألة الثانية:

يجري التغليظ في دعوى الدم، والنكاح، والطلاق، والرجعة، والإيلاء، واللعان، والعتق، والحدِّ، والولاء، والوكالة، والوصاية، وكل ما ليس بمالٍ، ولا المقصد منه المال، حتى يجري في الولادة، والرضاع، وعيوب النساء.

وليس قبول شهادة النساء وحدهن فيها، لقلة خطرها، ولكن لأن الرجال لا يطلعون عليها غالباً.

وتوقف الإمام[١] في الوكالة، وقال: الوكالة في دراهم خسيسة، أحسن من تملكها، فإن تصرف الملاك، أقوى من تصرف الوكلاء[٢]، والتغليظ إنما يليق بما يعظم خطره.

وليس اشتراط الذكورة في شهود الوكالة لشرف الوكالة، لكن للشارع تعبُّدٌ في نصاب[٣] الشهادات، فيتبع.

وأما الأموال: فيجري التغليظ في كثيرها دون قليلها، على ما ورد في الآثار.

روي أن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه، رأى قوماً يحلفون بين المقام والبيت، فقال: «أعلى دمٍ؟» فقالوا: «لا»، فقال: «فعلى عظيمٍ من المال؟»، قالوا: «لا»، قال: «لقد خشيتُ أن يتهاون الناس، بهذا البيت»[٤]، ويروى: «أن يبهأ الناس

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (١٨/ ٦٤٩).

(٢) في (أ): (الوكالة).

(٣) قوله: (نصاب) ليس في (ي).

(٤) الأثر، أخرجه البيهقي في «سننه» (١٠/ ٢٩٧) من كتاب الشهادات، باب تأكيد اليمين بالمكان، من حديث عكرمة بن خالد، «أنّ عبد الرحمن بن عوف...». وانظر: «البدر المنير» (٢/ ٤٥١)، و«التلخيص» (٤/ ٢١٠-٢١١).

بهذا البيت»، يقال: بهأت بالشيء، إذا أنسْت به[١] حتى سقطت هيبته من قلبك.

والكثير من المال: ما يبلغ عيناً، أو قيمة نصاب الزكاة، وهو عشرون ديناراً، أو مئتا درهم[٢]. والقليل: ما دون ذلك، فلا تُغلَّظُ فيه، إلا أن يرى القاضي التغليظ؛ لجرأة يجدها في الحالف، فله التغليظ.

وعن مالك[٣] رحمه الله: أن الضبط بنصاب السرقة، فيجري التغليظ فيما بلغ ربع دينار، ولا يجري فيما دونه.

وأما أبو حنيفة[٤] وأحمد[٥] رحمهما الله، فلا تغليظ عندهما بالمكان ولا بالزمان أصلاً.

الثالثة: ما يجري التغليظ فيه، يستوي فيه يمين المدعى عليه، واليمين المردودة، واليمين مع الشاهد.

وقد يقتضي الحال تغليظ اليمين في أحد الطرفين دون الآخر، كما إذا ادعى العبد على سيده عتقاً، أو كتابة، فأنكر السيد، فإن بلغت قيمته نصاباً، فيغلظ عليه في اليمين؛ لأنه يبغي[٦] استدامة مال كثير، وإن لم تبلغ قيمته نصاباً، فلا يغلظ عليه.

فإن نكل السيد، فالعبد يُغلَّظ عليه بكل حال؛ لأنه يدعي العتق، والوقف من

---

(١) انظر: «لسان العرب» (١/ ٣٥).

(٢) انظر: «سنن البيهقي» (١٠/ ٢٩٧)، وهامش «العزيز» (١٣/ ١٩١)، و«الروضة» (١٢/ ٣٢)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٤٧٢).

(٣) انظر: «مختصر خليل» ص٢٧٢.

(٤) انظر: «الهداية» (٣/ ١٥٩).

(٥) انظر: «المقنع» ص٣٥٣.

(٦) في (أ): (يبقي).

جانب المدعى عليه، لا تغليظ فيه إلا إذا بلغ نصاباً، وكذلك من جانب المدعي، إن أثبتناه بشاهد ويمين، وإن لم نثبته فيغلظ فيه كالعتق.

وعن حكاية صاحب «التقريب» وجه: أن ما يغلظ فيه من أحد الطرفين، يغلظ من الآخر، تسوية بين الخصمين.

وإذا ادعى الزوج «الخلع على مالٍ»، وأنكرت الزوجة، فالبينونة حاصلة بقوله.

وتصدق الزوجة في إنكار المال بيمينها، وينظر في تغليظ اليمين[1] إلى قدر المال، أهو كثيرٌ أم قليلٌ؟ فإن ردت اليمين، وحلف الزوج، فكذلك؛ لأن مقصوده المال. وإن ادعت هي[2] الخلع، وأنكر الزوج، فتغلظ اليمين عليه؛ لأن مقصوده استدامة النكاح.

وإن نكل، وحلفت الزوجة، فكذلك؛ لأن مقصودها الفراق.

الرابعة: من به مرضٌ أو زمانة[3]، لا تغلظ عليه في المكان؛ لعذره. وكذلك الحائض؛ إذ لا يمكنها اللبث في المسجد.

والمرأة المخدرة في إحضارها مجلس الحكم، خلافٌ سبق: فإن أحضرت، فهي كالرجل في التغليظ. وإن قلنا: لا تحضر، بل يبعث القاضي إليها من يحكم بينها وبين خصمها، فإذا أفضى الأمر إلى تحليفها، فهل يغلظ عليها بالمكان، وتكلف حضور الجامع؟ فيه وجهان محكيان في «الشامل» وغيره:

أحدهما: نعم، ويراعى التغليظ في هذا الوجه، كما يُراعى باللفظ.

---

(١) في (أ) و(ي) و(ظ): (وينظر في التغليظ).

(٢) في (أ): (على).

(٣) زمانة ـ بفتح الزاي والميم ـ: قال في «المصباح» (١/ ٢٥٦): «وزمن الشخص زمناً وزمانة فهو زمن، من باب تعب، وهو مرض يدوم زماناً طويلاً».

والثاني: لا؛ لأنا ألحقنا التخدر بالمرض في حضور مجلس الحكم، فكذلك في حضور الجامع. والأول هو المذكور في الكتاب، وبه أجاب الشيخ أبو حامد، ومن تابعه.

لكن قيل: يُبنى هذا الخلاف على الخلاف في أن التغليظ مستحق، أو مستحب؟ وقضية هذا البناء، ترجيح الوجه الثاني.

فرع:

من توجهت عليه اليمين، لو كان قد حلف بالطلاق «أن لا يحلف يميناً مغلظة»:

فإن جعلنا التغليظ مستحقاً، فعليه أن يحلف اليمين المغلظة، ويحنث، وإذا امتنع جُعِلَ ناكلاً. وإن جعلناه مستحباً، فلا يحنث.

القاعدة الثانية: يشترط في اليمين أن تكون مطابقة للإنكار، فإذا ادعى عليه «إتلاف ثوبٍ قيمته عشرة»، فإن قال في الجواب: «ما أتلفت» حلف كذلك، وإن قال: «لا يلزمني شيء» حلف كذلك، وهذا قد مرَّ.

ويشترط أيضاً وقوعها بعد تحليف القاضي، فلو حلف قبله لم يعتد به. واحتج له: بأن ركانة[1] طلق امرأته البتة، وقال: «والله ما أردت إلا واحدة»، قال النبيّ ﷺ: «ما أردت إلا واحدة؟»، فقال: «والله ما أردت إلا واحدة». فقيل: كانت امرأته تدعي «أنه أراد أكثر من طلقة»، وكان عليه أن يحلف، فلم يعتد بيمينه قبل التحليف، وأعاد عليه.

---

(١) ركانة بن عبد يزيد بن هاشم المطلبي من مسلمة الفتح، ثم نزل المدينة، ومات في أول خلافة معاوية. «تقريب التهذيب» (١/ ٢٥٢).

وحديث «أن ركانة بن عبد يزيد أتى رسول الله ﷺ فقال: «إني طلقت امرأتي سهيمة، ووالله ما أردت إلا واحدة»، فردها عليه»، قال عنه الحافظ في «التلخيص» (٣/ ٢١٣): «الشافعي وأبو داود والترمذي وابن ماجه، واختلفوا هل هو من مسند ركانة أو مرسل عنه، وصححه أبو داود وابن حبان والحاكم، وأعله البخاري بالاضطراب، وقال ابن عبد البر في «التمهيد»: ضعفوه».

ولو قال الحاكم في تحليفه: «قل بالله»، فقال: «بالرحمن»، لم تحسب، وكان نكولاً.

ولو قال: «قل بالله»، فقال: «والله» أو «تالله»، فوجهان:

أحدهما: أنه نكول؛ لأنه حلف لا على الوجه الذي حلف، فأشبهت الصورة الأولى.

والثاني: المنع؛ لأنه حلف بالاسم الذي حلف به، والتفاوت في مجرّد الصلة، لا يمنع الاعتداد[١].

ويجري الوجهان فيما إذا غلظ عليه باللفظ فامتنع، واقتصر على أن قال: «بالله»، وفيما إذا أراد التأكيد عليه بالزمان، والمكان[٢]، فامتنع.

وقد حكى الخلاف في التغليظ اللفظي: القاضي الروياني عن القفال، وذكر أن الأصح: أنه يكون ناكلاً؛ لأنه ليس له ردُّ اجتهاد القاضي. وقطع بعضهم في الامتناع من التغليظ اللفظي: أنه لا يكون ناكلاً[٣].

وفي التغليظ الزماني والمكاني: أنه يكون ناكلاً.

والفرق: أن التغليظ اللفظي من جنس المأتي به، هو ذكر الله تعالى الذي هو مناط الـحُرْمة والتعظيم. والتغليظ الزماني، والمكاني ليسا من جنس المأتي به، فلم يكن له الامتناع منهما.

---

(١) قوله: (لا يمنع الاعتداد) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

(٢) في (أ) و(ي): (أو المكان).

(٣) قوله: (ناكلًا) ليس في (ي) و(ظ).

وليعلَّمْ قوله في الكتاب: (إلا في مالٍ هو[١] دون نصاب الزكاة) بالميم؛ لما عرفت من مذهبه، أنه يجري التغليظ فيما دون نصاب الزكاة، إذا لم يكن دون نصاب السرقة.

وبالواو أيضاً؛ لأن القاضي ابن كج حكى عن أبي الحسين، وجهاً[٢]: أن المال الواجب بالجناية عمداً كان[٣] أو خطأً، يجري فيه التغليظ، وإن كان دون نصاب الزكاة.

وقوله: (لم تغلظ يمينه)، وقوله: (وتغلظ على المخدرة)، مرقومان بالواو؛ لما تقدّم.

ويمكن إعلام قوله: (وشرط اليمين أن يطابق الإنكار)، أيضاً بالواو؛ لأنا أسلفنا وجهين في أن المدعى عليه، لو أنكر الجهة التي أسند المدعي إليها دعواه من إقراض، أو إتلاف، ثم أراد أن يقتصر في يمينه على نفي اللزوم، ولا يتعرض لتلك الجهة، هل يمكّن منه؟ فإن مكناه لم يكن من شرط اليمين أن يطابق الإنكار.

* * *

(١) قوله: (هو) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

(٢) في (أ): (وجهين)، وهو خطأ.

(٣) في (ز): (كانت).

قال:

(وأما المحلوفُ[١] عليه، فيَحلِفُ على البتِّ في كلِّ ما يَنسبُه إلى نفسِه، من نفيٍ أو إثباتٍ، ويَحلفُ على البتِّ في الإثباتِ[٢] المنسوبِ إلى غيرِه[٣]، وفي النفي يكفي الحلفُ على نفي العلم، فيقول: لا أعلمُ على مُورِّثي ديناً، ولا أعلمُ منه إتلافاً وبيعاً، وهل يثبتُ في نفيِ أرشِ الجنايةِ عن العبد؟ فيه وجهان. وفي نفيِ[٤] الإتلافِ عن البهيمةِ[٥] التي قَصَّرَ بتسريحِها، يَجبُ البتّ).

الحالف تارة يحلف على البت، وأخرى على العلم، ومقصود الفصل: بيان موضع القسمين.

فإن كان يحلف على فعل نفسه، فيحلف على البت، سواءً كان يثبته أو ينفيه؛ لأنه يعرف حال نفسه، ويطلع عليها. وإن كان يحلف على فعل الغير: فإن كان في إثبات، فيحلف على البت أيضاً[٦]؛ لأنه يسهل الوقوف عليه، وهذا كما أنه يشهد به.

وإن كان على النفي، فيحلف على «أنه لا يعلمه»؛ لأن النفي المطلق يعسر الوقوف على سببه، ولهذا لا تجوز الشهادة على النفي.

---

(١) في (ز): (المحكوم).

(٢) في (أ): (الإثباتات المنسوبة).

(٣) زاد في المطبوع من كتاب «العزيز» (١٣/ ١٩٤): هنا: «كبيع». (م ع)

(٤) في (ظ): (نفس).

(٥) في (أ): (بهيمته).

(٦) في (ظ): (يعرض).

وقد يُعَبر[١] عن الغرض بعبارة أخرى، فيقال: إن كان الحلف على الإثبات، فيجب البت، سواءً كان المثبتُ فعل نفسه، أو غيره[٢]. وإن كان على النفي: فإن نفى فعل نفسه، حلف على البت أيضاً.

وإن حلف على فعل غيره، حلف على العلم[٣].

وقد يختصر فيقال: اليمين على البت أبداً، إلا إذا حلف على نفي[٤] فعل الغير.

إذا تقرر ذلك: فمن ادُّعِيَ عليه مال فأنكر، حلف على البت. فإن ادّعى إبراءً، أو قضاءً، وأنكر المدّعى، حلف على البت.

ولو ادعى وارثٌ على إنسانٍ: «أنّ لمورّثي عليك كذا»، فقال المدعى عليه: «إنه قد أبرأني» أو «قبضه»، حلف المدّعي على «نفي العلم بإبراء المورث» و«قبضه».

ومن[٥] في يده دارٌ[٦]: إذا جاء مدّع، وقال: «غصبها مني أبوك» أو «بائعك»، فأنكر، حلف على «نفي العلم، بأنهما[٧] غَصبا».

ولو ادّعى إنسانٌ على وارثٍ ميت ديناً على الميت، لم يكف ذكر الدّين ووصفه، بل يذكر مع ذلك موت من عليه، وأنه حصل في يده من التركة ما يفي بجميعه أو ببعضه، وأنه «يعلم دينه على مورّثه».

---

(١) في (ظ): (يعرض).

(٢) في (ظ): (أو فعل غيره).

(٣) في (أ): (على نفي العلم).

(٤) قوله: (نفي) ليس في (ظ).

(٥) قوله: (من) ليس في (أ).

(٦) قوله: (دار) ليس في (ظ).

(٧) في (ظ): (بأنها).

وهكذا، كل ما يحلف المنكر فيه على العلم، يشترط في الدعوى عليه التعرض لعلمه[١]، فيقول: «إن مورثك غصب كذا، وأنت تعلم أنه غصبه».

ثم إذا تعرّض لجميع ذلك، فإن أنكر الوارث الدين، حلف على «نفي العلم»، فإن نكل، حلف المدعي على البت.

وإن أنكر موت من عليه، فثلاثة أوجه:

أحدها ـ عن ابن القاص، والشيخ أبي عاصم ـ: أنه يحلف على البت؛ لأن الظاهر اطلاعه عليه.

وأصحهما: أنه يحلف على نفي[٢] العلم، كما لو أنكر غصبه وإتلافه، وقد يكون موته في الغيبة، فلا يطلع الوارث عليه.

وثالثها ـ عن الشيخ أبي زيد ـ: الفرق بين من عهد حاضراً، أو غائباً.

وإن أنكر حصول التركة عنده، حلف على البت.

وإن أنكر الدين، وحصول التركة معاً، فأراد أن يحلف على «نفي التركة» وحده، وأراد المدعي تحليفه على «نفي التركة»، وعلى «نفي العلم بالدين» معاً، فعن ابن القاص: أنه يحلف عليهما؛ لأن للمدعي غرضاً في إثبات الدين، وإن لم يكن عند الوارث شيء، فلعله يظفر بوديعة، أو دين له على إنسانٍ، فيأخذ منه حقه.

ولو ادعى على رجل: «أن عبدك جَنَى عليَّ بما يوجب كذا»، وأنكر، فوجهان:

أحدهما ـ وهو المذكور في «الشامل» ـ: أنه يحلف على نفي العلم؛ لأنه حلفٌ يتعلق بفعل الغير.

---

(١) قوله: (لعلمه) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

(٢) قوله: (نفي) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

وأصحهما: أنه يحلف على البت؛ لأن عبده مالهُ، وفعله كفعل نفسه، ولذلك سُمِعَت الدعوى عليه.

وربما بُني الوجهان على أن أرش الجناية يتعلق بمحض الرقبة، أم يتعلق بالرقبة والذمة جميعاً، حتى يتبع بها فعل بعد العتق؟ فإن قلنا بالأول: حلف على البت[1]؛ لأنه يحلف ويخاصم لنفسه. وإن قلنا بالثاني: فعلى العلم؛ لأن للعبد على هذا ذمة تتعلق بها الحقوق، والرقبة كالمرتهنة بها عليه.

وإذا ادعى عليه أن بهيمته أتلفت زرعاً وغيره، بحيث يجب الضمان بإتلاف البهيمة، فأنكر، يحلف[2] على البت؛ لأنه لا ذمة لها، والمالك لا يضمن بفعل البهيمة، وإنما يضمن بالتقصير في حفظها، وهذا أمر يتعلق بنفس الحالف.

ولو نصب البائع وكيلاً ليقبض الثمن، ويسلم المبيع، فقال له المشتري: «إن موكلك أذن في تسليم الـمبيع، وأبطل حقَّ الحبس، وأنت تعلم»، فقولان عن حكاية ابن القاص:

أحدهما: أنه يحلف على «نفي العلم»، ويديم الحبس إلى استيفاء الثمن.

والثاني ـ وهو اختيار أبي زيد ـ: أنه يحلف على البت؛ لأنه يثبت لنفسه استحقاق اليد على المبيع.

وعن ابن القاص: أنه إذا طولب البائع بتسليم المبيع، فادّعى حدوث عجز عنه، وقال للمشتري: «أنت عالمٌ به» فأنكر، يحلف على البت؛ لأنه[3] يستبقي بيمينه وجوب تسليم المبيع إليه.

---

(١) في (ظ): (الأول).

(٢) قوله: (يحلف) ليس في (أ).

(٣) في (أ) و(ي): (لا).

وأنه لو مات عن ابنٍ في الظاهر، فجاء[١] آخر، وقال: «أنا أخوك، والميراث بيننا»، فأنكر، يحلف على البت أيضاً؛ لأن الأخوّة رابطةٌ جامعةٌ بينهما، فهو حالفٌ في حقّ[٢] نفسه.

ونازعه منازعون في الصورتين، وقالوا: «يحلف على العلم»[٣]. والله أعلم.

قال:

(ثم تَحِلُّ له اليمينُ البتُّ بظنٍّ يَحصلُ له؛ من خطٍّ، أو قرينةِ حالٍ من نكولِ خصم، أو غيرِه[٤]، ويُنظرُ في اليمينِ إلى نيّةِ القاضي، وعقيدتِه، فلا تَصِحُّ توريةُ الحالف، ولا قولُه: إن شاءَ الله، بحيثُ لا يَسمعُ القاضي، ولا يَحِلُّ للشَّفعويِّ أن يَحلِفَ عندَ القاضي الحنفيِّ على نفي اللُّزوم، في شُفعةِ الجار[٥]، بتأويلِ اعتقادِ نفسِه، بل إذا ألزمَه القاضي، صارَ لازماً ظاهراً، وعليه أن يَحلِف، وهل يلزمُه باطناً؟ فيه خلاف، وقيل: إن كانَ مُجتهداً لم يلزمَه باطناً، وإن كانَ مُقلِّداً لزمَه باطناً).

فيه مسألتان:

إحداهما: ما يحلف فيه على البت، لا يشترط فيه اليقين، بل يجوز البت بناءً على ظن مؤكدٍ ينشأ من خطه، أو خطِّ أبيه، أو نكول خصمه على ما سبق.

---

(١) في (أ): (فجأنا).

(٢) قوله: (حق) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

(٣) قال النووي في «الروضة» (١٢/ ٣٦): «قلت: نفي العلم هو الصحيح».

(٤) في (ز): (وغيره).

(٥) في (أ): (الجوار).

ولو استحلف القاضي على البت، حيث تجب اليمين فيه على العلم، فقد عدل عن نهج العدل[١]، إلا أن اليمين تحسب، وتحمل[٢] على نفي العلم، كما إذا شهد الشهود: «أنه لا وارث له إلا فلان»، تقبل الشهادة، وتحمل على أنه لا يعلم وارثاً غيره.

الثانية: النظر في اليمين إلى نية القاضي المستحلف، وعقيدته: أما النية: فالتورية والتأويل على خلاف قصد القاضي، لا يُغني ولا يدفع إثم اليمين الفاجرة.

ولو استثنى، أو وصل باللفظ شرطاً بقلبه ونيته، أو فعل ذلك بلسانه، ولكن لم يسمعه القاضي[٣]، فكذلك، وإن سمعه[٤] عزّره، وأعاد عليه اليمين[٥].

وإن وصله[٦] بكلامٍ لم يفهمه القاضي، منعه منه، وأعاد اليمين عليه. وكذلك ذكره في «التهذيب»[٧]. فإن قال: «كنت أذكر الله تعالى»، قال له: «ليس هذا[٨] وقتاً له».

وأما العقيدة: فإذا ادعى حنفي على شافعي «شفعة الجوار»، والقاضي يرى إثباتها، فأنكر المدعى عليه، فليس له أن يحلف، بناء على اعتقاده في شفعة الجار، بل عليه اتباع القاضي، ولزمه في الظاهر ما ألزمه القاضي[٩].

---

(١) في (ي): (الصواب والعدل).

(٢) في (ز): (وتجب)، وهو خطأ.

(٣) في (أ) و(ي) و(ظ): (الحاكم).

(٤) في (أ) و(ي) و(ظ): (سمعه الحاكم).

(٥) ورد بهامش «العزيز» (١٣/ ١٩٨)، تعليق على قوله: (وأعاد عليه اليمين)، فليرجع إليه.

(٦) في (أ): (فصله).

(٧) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٢٤٧).

(٨) في (أ): (ليس لي هذا أو قاله).

(٩) قوله: (ما ألزمه القاضي) ليس في (ي) و(ظ).

وهل يلزمه في الباطن؟ حكى المصنف فيه وجهين.

وهذا الخلاف، كالخلاف المذكور في الباب الثاني من أدب القضاء: أن الحنفي إذا حكم للشافعي بشفعة الجار، هل يحل له، أو هو هو؟

وميل الأكثرين إلى الحلِّ، كما ذكره في الكتاب[1] هناك، وهو الجواب في «فتاوى القفّال»، ويوافقه ما اتفقوا عليه هاهنا من ترجيح اللزوم باطناً.

وعن صاحب «التقريب»: أن القضاء في المجتهدات ينفذ في حقِّ المقلد ظاهراً وباطناً، ولا ينفذ في حقِّ المجتهد باطناً، حتى لو كان الحالف مجتهداً، وحلف على موجب اجتهاده، لم يأثم[2]. والله أعلم.

هذا ما يتعلق بالطرف الثاني، وهو المحلوف عليه.

قال:

(وأما الحالف: فهو كلُّ من توجَّهَ عليه دعوى صحيحةٌ، فيَحلِفُ في إنكارِ النسب، والولاء، والرجعة، والنكاح، والظهار، والإيلاء، ولا يَحلِفُ

---

(١) انظر: «الوجيز» (٢/ ٢٤١)، و«الروضة» (١١/ ١٥٤).

(٢) ورد بهامش «العزيز» (١٣/ ١٩٩): «دعواه اتحاد الحالف فيه نظر، لأن الخلاف في لزومه باطناً، راجع إلى الحكم لا إلى اليمين، وذلك أن هاهنا شيئين: أحدهما: اليمين، والآخر: الحكم. فاليمين لازمة جزماً راعياً مع نفسه اعتقاده أثم، وأما الحكم ففيه الخلاف».
وقال النووي في «روضته»: (١٢/ ٣٧): «هذا إذا حلفه القاضي أو نائبه، وأما إذا حلف الإنسان ابتداء أو حلفه غير القاضي من قاهر أو خصم أو غيرهما، فالاعتبار بنية الحالف بلا خلاف، وتنفعه التورية قطعاً سواء حلف بالله تعالى أو بطلاق وعتاق وغيرهما. صرح به الماوردي، ونقله ابن الصباغ عن الأصحاب، ذكراه في كتاب الطلاق».

في حدودِ اللهِ تعالى؛ إذ لا مُدَّعى فيها، ولا يَحلِفُ القاضي والشّاهد، ويَحلِفُ القاضي بعدَ العزل، ولا يَحلِفُ الصَّبيُّ إذا ادَّعى البلوغ، بل يُصدَّق. ولو قال: أنا صبيّ، لم يُحلَّف، بل يُنتظرُ بلوغُه، إلا الصَّبيَّ المشرك، إذا ادّعى أنه استنبتَ الشَّعرَ بالعلاج، فإنه إن لم يَحلِف قُتل، وقيل: يُحبَسُ حتى يَبلُغ، ثم يحلف، فإن نكلَ قُتِل. ولا يَحلِفُ الوصيّ، والقيّمُ؛ إذ لا يُقبَلُ إقرارُهما، أعني بالدَّين على الميِّت. ولا يَحلِفُ من ينكرُ الوكالةَ باستيفاءِ الحقّ، فإنه وإن عَلِمَ أنه وكيل، فيَجوزُ جحودُ الموكل[١]، وهل يجوزُ للوكيلِ بالخُصومةِ[٢] إقامةُ البيِّنةِ على وكالتِه، من غيرِ حضورِ[٣] الخصم؟ فيه وجهان).

الطرف الثالث: الحالف، وهو كل من تتوجه عليه دعوى صحيحة. وقيل: من توجهت عليه دعوى صحيحة[٤].

ولو أقرّ بمطلوبها ألزم به، فإذا أنكر، يحلف عليه، ويقبل منه.

ولا بد من استثناء صور من هذا الضبط، فنوردها[٥] مع ما يخرج منه، ويدخل فيه في مسائل:

إحداها: يجري التحليف في النكاح، والطلاق، والرجعة، والفيئة في الإيلاء، وفي العتق، والاستيلاد، والولاء، والنسب.

---

(١) في (أ): (الوكيل الموكّل).

(٢) في (ز): (بالوكيل للخصومة).

(٣) في (ز): (من غير خصومة).

(٤) قوله: (صحيحة) ليس في (ز).

(٥) في (أ) و(ز): (فنؤديها).

وقال أبو حنيفة: لا يحلف المدعى عليه في هذه الأبواب، بناءً على أن المطلوب من التحليف: الإقرار، أو النكول، ليحكم بالنكول.

والنكول نازل منزلة البذل، والإباحة، ولا مدخل للبذل والإباحة في هذه الأبواب[١].

وقال مالك[٢] وأحمد[٣]: لا يجري التحليف فيما لا يثبت إلا بشاهدين ذكرين، إلحاقاً له بالحدود.

وعن أحمد[٤] رواية أخرى: أنه يجري التحليف في القصاص، وحد القذف، والطلاق، والعتاق.

لنا: مطلق قوله ﷺ: «اليمين على من أنكر»، وحديث ركانة، حيث حلفه ﷺ في الطلاق. وأيضاً: فإنه أنكر ما توجهت به الدعوى، فيحلف كسائر ما يحلف فيه.

والثانية: حدود الله تعالى لا تسمع فيها الدعوى، ولا يطلب الجواب؛ لأنها ليست حقاً للمدعي، ومن له الحق، لم يأذن في الطلب والإثبات، بل أمر فيه بالإعراض، والدفع بما أمكن. نعم، لو تعلق به حقُّ آدمي، كما إذا قذف غيره، فطلب المقذوف حد[٥] القذف، فقال القاذف: «حلفوه على أنه لم يزن»، فالظاهر: أنه يحلف، كما ذكرنا في شرح المسألة الثالثة[٦]، من ركن الدعوى[٧].

---

(١) بخلاف أبي يوسف ومحمد، فإنه يستحلف في ذلك كله إلا في الحدود. انظر: «الهداية» (٣/ ١٥٧).

(٢) انظر: «مختصر خليل» ص٢٦٦، و«التاج والإكليل» (٦/ ١٨٠-١٨١).

(٣) انظر: «المقنع» ص٣٥٢.

(٤) انظر: المصدر السابق ص٣٥٢.

(٥) في (ظ): (حق).

(٦) في (أ): (الثانية).

(٧) انظر: «الروضة» (١٢/ ١٢).

فإن حلف: أقيم الحد على القاذف. وإن نكل، وحلف القاذف، سقط حد[1] القذف عنه، ولم يثبت بحلفه حد الزنى على المقذوف.

ولو ادعى «سرقة ماله»: سُمعت دعواه للمال، وحلف المدعى عليه، فإن نكل، حلف المدعي، واستحق المال، ولم يقطع المدعى عليه[2]؛ لأن حدود الله تعالى لا تثبت باليمين المردودة.

وإذا أقر بما يوجب الحد، وادعى شبهة، كما إذا وطيء جارية أبيه، وقال: «ظننتها تحل لي»، وهو ممن يجوز أن يشتبه عليه مثله، حلف، وسقط بحلفه الحد، ولزم[3] المهر، وتسمع الدعوى.

ويجري التحليف في القصاص وحد القذف، وكذا في الشتم والضرب الموجبين للتعزير.

الثالثة: لو ادعى على القاضي: «أنه ظلمه في الحكم»، أو على الشاهد: «أنه تعمد الكذب» أو «غلط»، أو ادعى عليه ما يوجب سقوط شهادته، فهذا شيء لو اعترف القاضي والشاهد به، لأفاد اعترافهما التغريم، وانتفع به المدعي.

لكن منصبهما يأبى التحليف، على ما تقدم في آخر الباب الأول، من أدب القضاء[4]، ومرة أخرى في كتاب الدعاوى[5].

ولو ادعى على المعزول أنه حكم أيام قضائه عليه ظلماً، وأنكر، فقد ذكرنا وجهين

---

(١) في (أ): (حق).

(٢) قوله: (عليه) ليس في (أ).

(٣) في (ز): (ولزمه).

(٤) انظر: «الوجيز» (٢/ ٢٣٩)، و«الروضة» (١١/ ١٣١).

(٥) في (ز): (الدعوى).

في أنه يحلف، أو يصدق بغير يمين، والذي أجاب به في الكتاب هاهنا، أنه (يحلف)، فيعلمُ بالواو؛ للوجه الآخر.

والكلام على ما تبين هناك مائلٌ إلى ترجيحه، وهذا في الدعوى التي تتعلق بالحكم.

وأما ما لا يتعلق بالحكم، كدعوى الأموال، وغيرها، فسبيله سبيل سائر الناس في الخصومات الشرعية، ويحكم فيها بينه وبين المدعي: خليفته، أو قاضٍ آخر.

الرابعة: الصبي إذا ادعى البلوغ بالاحتلام في وقت الإمكان، صُدق، ولا يحلف، على ما بيناه في الإقرار[1].

ومن ادعي عليه شيء، فقال: «أنا صبي بعد»، وهو محتمل، لم يحلف، ووقفت الخصومة إلى أن يتحقق بلوغه.

وإن وقع في السبي من أنبت، وقال: «استنبت الشعر بالعلاج، وأنا غير بالغ»، فهذا يبنى على أن إنبات العانة، عين البلوغ، أو علامته؟ وفيه قولان، قد سبق ذكرهما في الحجر[2]. فإن قلنا بالأول، فلا حاصل لكلامه. وإن قلنا بالثاني ـ وهو الأصح ـ: فالمشهور، والمنقول عن النص: أنه يحلف.

وفيه إشكال من جهة أنه يدعي الصّبا، وتحليف من يدعي الصبا، لا وجه له، على ما تقرر في الإقرار.

فعن أبي الحسين بن القطان: أنّ هذا التحليف نوع احتياط واستظهار، وكذلك ذكره القفال في «شرح التلخيص».

---

(١) انظر: «الوجيز» (١/ ١٩٧)، وما سلف (٨/ ٢٠٥- ٢٠٦)، و«الروضة» (٤/ ٣٥٨).

(٢) انظر: «الوجيز» (١/ ١٧٦)، و«الروضة» (٤/ ١٧٨)، و«مغني المحتاج» (٢/ ١٦٧).

وقضية كلام الأكثرين: أنه واجبٌ، وصرح به القاضي الروياني، ونفى الخلاف فيه، واعتمد هؤلاء في تحليفه على دليل الإثبات، وقالوا[١]: كيف يترك الدليل الظاهر، بزعم مجرد؟

وإذا حُلّف: فإن حلف، ألحق بالذراري، وحقن دمه.

وإن نكل، فالذي حكاه ابن القاص عن النصّ: أنه يقتل، وعده في جملة صور، ادعى فيها بالنكول، على خلاف المشهور[٢] من مذهب الشافعي رضي الله عنه.

وقال غيره: ليس هذا حكماً بالنكول، ولكن قام الدليل على البلوغ، ولم يظهر دافعٌ، فأجري عليه حكمه.

وفي المسألة وراء المنقول عن النصّ وجوهٌ:

أحدها: أنه يُخلى، ولا يقضى عليه بالقتل.

والثاني: أنه يحبس حتى يحلف، أو يقرّ.

والثالث ـ وهو المذكور في الكتاب ـ: أنه يحبس إلى تحقق بلوغه، ثم يحلف على ما ادعاه من الاستعجال، فإن لم يحلف، فيقتل، وهذا تحرّزٌ من تحليف من يدعي أنه صبيٌّ.

واعلم أن صورة دعوى الاستنبات بالعلاج، قد جرى لها ذكر في باب السير، إلا أن المذكور هناك: أنه إذا حلف يُصدّق، والمذكور هاهنا: الطرف الآخر، وهو أنه إذا نكل ماذا يفعل؟

---

(١) في (أ): (وقال).

(٢) انظر: «الوسيط» (٧/ ٤٢٨)، «الروضة» (١٢/ ٣٩)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٤٧٦).

الخامسة: ادعى مدعٍ «ديناً على ميتٍ»، أو ادعى «أنه أوصى له بشيء»، وللميت وصيٌّ في قضاء الديون وتنفيذ الوصايا، فأنكر، نظر: إن كان للمدعي بينة، حكم بها.

وإن لم يكن له بينة، وأراد تحليف الخصم على نفي العلم بذلك[١]، لم يمكن؛ لأن مقصود التحليف أن يصدق[٢] الخصم، فيقر إن كان المدعي محقاً.

والوصيُّ لا يُقبل إقراره بالدين، والوصية، فلا معنى لتحليفه[٣].

نعم، أن لو كان وارثاً، فيحلف، بحقّ الوراثة.

وقيّم القاضي في ذلك، كالوصي، ومن عليه حق، إذا طالبه به مطالب، وزعم «أنه وكيل[٤] صاحب الحقّ» ولم يأت ببينةٍ، وأراد تحليفه على نفي العلم بالوكالة، لم يمكن؛ لأنه وإن اعترف بالوكالة، لا يلزمه التسليم من حيث إنه لا يأمن جحود صاحب الحقّ الموكل.

هذا ما أطلقه في الكتاب، وهو مستمرّ على ظاهر المذهب. لكن قد مرّ في آخر كتاب الوكالة[٥]، نقل خلافٍ في أنه هل يلزمه التسليم إذا اعترف بالوكالة؟ وبينا أنه إن لزمه، كان للمدعي تحليفه.

---

(١) قوله: (على نفي العلم بذلك) ليس في (أ).

(٢) قوله: (أن يصدق) ليس في (أ).

(٣) «وذلك لأن صاحب الدين يشترط تحليفه على نفي المسقطات للدين، وفي المسألة نظر، لأن الوصي إذا علم الدين وأنكر تبريد جلدة الميت، ولم يعلم الحاكم بذلك، فلم لا يقضيه الوصي العالم به من ماله؟ لكن قد يقال: يمينه على نفي المسقطات من الإبراء ونحوه مستحقة، فكيف يستقل بإيفاء الدين؟ وكيف يغرم الوصي من غير ضمان، ولا سبب يوجب ذلك؟». انظر: هامش «العزيز» (١٣/ ٢٠٢).

(٤) في (أ): (وكل).

(٥) انظر: «الوجيز» (١/ ١٩٤)، وما سلف (٨/ ١٩٣)، و«الروضة» (٤/ ٣٣٥).

وأنه وإن لم يلزمه التسليم، يُمكّن من تحليفه أيضاً، إذا قلنا: إن اليمين المردودة كالبينة. فيجوز أن يعلم ـ لذلك ـ قوله هاهنا: (ولا يحلف من ينكر الوكالة) بالواو، وقياس ما نقلنا هناك، إعلامه بالحاء والزاء أيضاً.

ثم هذه المسائل مختومة بفرع:

وهو أن الوكيل بالخصومة، هل له إقامة البينة على وكالته من غير حضور الخصم؟ فيه وجهان:

حكى الإمام[١] عن القاضي الحسين: أنه لا بد منه؛ لأنه حقّ عليه.

وعن غيره: أنه لا حاجة إليه؛ لأنه يثبت ولاية لنفسه.

وذكرنا[٢] في الوكالة: أن الإمام[٣] حكى عن القاضي الحسين[٤]: أنه إذا كان الخصم غائباً، ينصب القاضي مسخراً عنه.

كأن المراد هاهنا ما إذا كان حاضراً في البلد، وهناك ما إذا كان غائباً عن البلد.

والأظهر: سماع البينة، وأنه لا حاجة إلى حضوره، ولا إلى نصب مسخرٍ.

ولو وكل بالخصومة في مجلس الحكم، استغنى عن حجةٍ يقيمها، إن كان الخصم حاضراً هناك، وإن لم يكن فلتُبنَ على أن القاضي هل يقضي بعلمه؟[٥].

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (١٨/ ٦٦٧).

(٢) في (ظ): (ذكرناه).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٣٥).

(٤) قوله: (الحسين) ليس في (ي) و(ز).

(٥) انظر: «الوجيز» (٢/ ٢٤١)، وما سلف (٨/ ١٣٩ - ١٤٠).

قال رحمه الله:

(وأما حكمُ اليمين: فهو انقطاعُ الخصومةِ في الحالِ لا براءةُ[1] الذِّمّة، بل للمُدَّعي بعدَ ذلكَ أن يُقيمَ البيِّنة، ويَعتذرَ بأنه لم يَعلَم بأن[2] له بيِّنةً، وإن كانَ أقرَّ بأنه لا بيِّنةَ له حاضرةٌ وغائبة، ففي القَبولِ وجهان، ولو قال: كَذبَ شُهودي بَطلَتِ البيِّنة، وفي بُطلانِ دعواه وجهان: فإن قُلنا: لا تَبطُلِ، فادَّعى الخصمُ إقرارَه بكذبِ الشُّهود، وأرادَ أن يُقيمَ عليه شاهداً، ويَحلِفَ مَعه ليُسقِطَ[3] البيِّنة، لم يُجز؛ لأن مقصودَه الطَّعن، وإن قُلنا: تَبطُلُ دعواه، جازَتِ الحُجّةُ النّاقصة، لإسقاطِ[4] الدَّعوى بالمال).

الطرف الرابع: فائدة اليمين وحكمها، وهو انقطاع الخصومة والمطالبة في الحال، لا سقوط الحق وبراءة الذمة.

روي عن ابن عباس رضي الله عنهما، أن النبي ﷺ: «أمر رجلاً ـ بعد ما حلف ـ بالخروج من حق صاحبه، كأنه عرف كذبه[5]»[6]، فدل أن اليمين، لا توجب البراءة.

---

(١) في (أ): (لإبراء).

(٢) في (أ) و(ي) و(ظ): (أن).

(٣) في (ظ): (تسقط).

(٤) في (ز): (لإثبات).

(٥) في (أ): (عرف كاذباً)، وفي (ي): (عرف أنه كاذباً).

(٦) الحديث، أخرجه أبو داود في «سننه» (٣/٢٢٨)، حديث رقم (٣٢٧٥) من كتاب الأيمان والنذور، باب فيمن يحلف كاذباً متعمداً. وأخرجه أحمد في «مسنده» (٤/ ١٣٤) ـ (الموسوعة الحديثية، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤١٤، تحقيق شعيب الأرنؤوط وغيره) ـ وقال عنه: «إسناده ضعيف». قال في «البدر =

فلو أقام المدعي بينة بعد ما حلف المدعى عليه، سُمعت، وقضي بها، وكذا لو ردت اليمين على المدعي، ونكل، ثم أقام بينة، وهذا إذا لم يتعرض وقت التحليف للبينة.

وإن كان قد قال حينئذٍ: «لا بينة لي حاضرة، ولا غائبة»، فهذه الصورة قد ذكرنا في شرح[١] الفصل الثاني، من الباب الثاني، من أدب القضاء[٢]، مضمومة إلى الصورة التي أوردها هناك، وهي أن يقول: «لا بينة[٣]»، واقتصر عليه، وفيها جميعاً اختلافٌ[٤]. والأظهر: السماع أيضاً.

وبينا هناك أنه لو قال: «لا بينة لي حاضرة»، ثم جاء ببينة، سمعت؛ فلعلها حضرت.

وأنه[٥] لو قال: «لي بينة ولكن لا أقيمها، وأريد يمينَه»، يجيبه القاضي إليه، ويحلفه. هذا هو المشهور. وفي «فتاوى القفال»: أنه لا يجب على القاضي تحليفه، بل يقول: «أحضر البينة».

هذه إحدى مسألتي الفصل.

والثانية: لو أن مدعياً أقام على ما يدعيه شهوداً، ثم قال: «كذب شهودي» أو «شهدوا مبطلين»، فلا شك في سقوط بينته، وامتناع الحكم.

= المنير» (٢/ ٤٥٠): «رواه أبو داود والنسائي، والحاكم وقال: صحيح الإسناد، وخالف ابن الجوزي فأعله، ثم بان بأنه ليس بعلة، وكذا ابن حزم حيث قال: إنه خبر ساقط». وانظر: «التلخيص الحبير» (٤/ ٢٠٩).

(١) في (ز): (فقد ذكرنا هذه الصورة في شرح).

(٢) انظر: «الوجيز» (٢/ ٢٤٢)، وما سلف (٢١/ ٣٦١)، و«الروضة» (١١/ ١٦٣).

(٣) في (ز): (لا بينة لي).

(٤) في (أ): (خلاف).

(٥) في (ظ): (فإنه).

وفي بطلان دعواه وجهان:

عن صاحب «التقريب»: تبطل، وينزل تكذيبه الشهود، منزلة تكذيبه نفسه، فليس له أن يقيم بعد ذلك بينةً أخرى.

وأظهرهما: المنع؛ لاحتمال أن يكون هو محقاً في دعواه، أو الشهود مبطلين؛ لشهادتهم بما لا يحيطون به علماً، وفي مثل ذلك يقول الله تعالى: ﴿وَٱللَّهُ يَعۡلَمُ إِنَّكَ لَرَسُولُهُۥ وَٱللَّهُ يَشۡهَدُ إِنَّ ٱلۡمُنَٰفِقِينَ لَكَٰذِبُونَ﴾ [المنافقون: ١].

وبني على الوجهين، ما إذا أقام المدعي شهوداً، فزعم المدعى عليه، «أن المدعي أقر بأن شهوده كذَبة»، وأقام عليه شاهداً واحداً، وأراد أن يحلف معه، هل يمكّن، وهل يحكم بشهادته، ويمينه؟ إن قلنا: هذا الإقرار لا يبطل أصل الدعوى، فلا؛ لأن المقصود حينئذٍ الطعن في الشهود، وإخراج شهادتهم عن أن يحكم بها، وجرحُ الشهود، والطعن فيهم لا يثبت بشاهدٍ، ويمين، وإن كانت الشهادة بمالٍ[١]. وإن قلنا: إنه يبطل أصل الدعوى، مكّن؛ لأن المقصود والحالة هذه: إسقاط الدعوى بالمال، فهو بمثابة ما لو ادعى الإبراء، فإنه يثبت بشاهدٍ ويمين.

فروع، مما جُمع من[٢] «فتاوى القفال»، وغيره:

أقام شاهدين على «أن هذه الدار ملكه، ورثها من أبيه»، فأقام المدعى عليه شاهدين، على «أن شاهدي المدعي ذكرا بعد موت الأب: أنهما ليسا بشاهدين[٣] في هذه الحادثة، وأنهما استباعا الدار منه» اندفعت شهادتهما[٤].

---

(١) في (أ) و(ي) و(ظ): (في مال).

(٢) في (أ) و(ي) و(ظ): (في).

(٣) من قوله: (على أن هذه الدار ملكه) إلى هنا ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

(٤) انظر: هامش «العزيز» (١٣/ ٢٠٥).

ولو أقام شاهدين على «أن هذه الدار ملكه»، فأقام المشهود عليه شاهدين على «أن شاهدي المدعي، قد قالا: لا شهادة لنا في ذلك»، يسألهما الحاكم: «متى قال ذلك شاهدا المدعي؟»: فإن قالا: «قالاه أمس» أو «منذ شهرٍ»، لم تندفع شهادتهما بذلك؛ لأنهما قد لا يكونا[١] شاهدين، ثم يصيرا[٢] شاهدين. وإن قالا: «قالاه حين تصديا لإقامة الشهادة»، اندفعت شهادتهما.

ولو أقام المشهود عليه شاهدين: «أن المدعي أقر بأن شاهديه شربا الخمر، وقت كذا»: فإن طالت المدة بينه، وبين أداء الشهادة، لم يقتض ذلك رد الشهادة. وإن كانت المدةُ يسيرة، رُدت شهادتهما.

وإن شهدا «أنه أقرّ بأنهما شربا الخمر» من غير تعيين وقت، سئل المدعي عن وقته، وحكم بما يقتضيه تعيينه.

ولو أقام المدعي بينة، ثم قال للقاضي: «لا تحكم بشيء حتى تحلفه»، كانت بينته باطلةً؛ ووجه ذلك: بأنه كالمعترف بأن بينته مما لا يجوز الحكم بها[٣].

وقوله في الكتاب: (ويعتذر[٤] بأنه لم يعلم أن له بينةً)، هذا الاعتذار ليس بشرط لإقامة البينة، على ما تقرر من أصلنا.

نعم، حكى في «التهذيب»[٥]: أن مالكاً[٦] رضي الله عنه قال: إن كان عالماً عند

---

(١) في (أ): (لا يكونان).

(٢) في (أ): (يصيران).

(٣) في (أ) و(ي) و(ظ): (به). وانظر: «الروضة» (١٢/ ٤٢) حيث قال: «هذا مشكل»، وهامش (٢) «العزيز» (١٣/ ٢٠٦).

(٤) في (ي): (ويعذر).

(٥) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٢٥٣).

(٦) انظر: «مختصر خليل» ص٢٦٧، و«مواهب الجليل» (٦/ ١٨٦).

التخليف، أن له بينة، بطل حقه عن البينة، فيجوز أن يعلم ـ لذلك ـ قوله: (بل للمدعي بعد ذلك أن يقيم البينة) بالميم. والله أعلم.

قال:

(ولو قال: حَلَّفَني مرةً، فليَحلِف على أنه ما حَلَّفني، سُمِعَ على أحدِ الوجهَين، فلو أجابَه بأنه حلَّفني مرَّةً على أني ما حَلَّفتُه، فليَحلفِ أنه ما حَلَّفَني، لم يُسمَع؛ لأن ذلك يَتسلسَل).

إذا طلب المدعي يمين المدعى عليه، بين يدي الحاكم، فقال المدعى عليه للحاكم: «قد حلفني على هذه مرة[1] بالتماسه، وليس له تحليفي»: فإن كان القاضي يحفظ ما يقوله، لم يحلفه، ومنع المدعي مما يبغيه. وإن لم يحفظه، حلفه، ولا تنفع إقامة البينة فيه؛ لما مرّ أن القاضي متى يذكر حكمه، أمضاه، وإلا لم يعتمد على البينة. وعن ابن القاص: يجوز سماع البينة فيه. حكاه القاضي أبو سعد الهروي، وحقهُ الطرد في كل بابٍ.

وإن قال: «حلفني عند قاض آخر»، وأطلق، وأراد تحليفه عليه، فوجهان عن أبي سعيد الإصطخري:

أحدهما: المنع، يحكى هذا عن ابن القاص؛ وذلك لأنه لا يؤمن من أن يدعي المدعي: «أنه حلفه على أنه ما حلفه»، وهكذا يدور الأمر، ولا ينفصل.

وأظهرهما ـ وهو المذكور في «التهذيب»[2] وغيره ـ: أنه يمكن منه؛ لأنه محتمل مستبعد، ولا يُسمع مثل ذلك من المدعي؛ كي لا يتسلسل.

---

(١) قوله: (مرة) ليس في (ي).

(٢) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٢٥٦).

وعلى هذا، فإن كانت له بينة أقامها، وتخلص عن الخصومة.

وإن استمهل؛ ليقيم البينة، فقياس البينات الدوافع: أن يمهل ثلاثاً. وعن القاضي الحسين، أنه قال: أرى أن لا يمهل أكثر من يوم؛ لأنه كالمراوغ، المتعنت.

وإن لم تكن بينةٌ، حلف المدعي «أنه ما حلفه»، ثم يطلب المال[1]. وإن نكل، حلف المدعى عليه، وسقطت الدعوى.

فلو أراد أن يحلف يمين الأصل، لا يمين التحليف المردودة عليه، قال في «التهذيب»[2]: ليس له ذلك إلا بعد استئناف الدعوى؛ لأنهما الآن في دعوى أخرى.

ولو قال المدعي ـ في جواب المدعى عليه ـ: «قد حلفني مرة على أني ما حلفته مرةً»، وأراد تحليفه، لم يجب؛ لأنه يفضي إلى ما لا يتناهى.

ولو ادعى «مالاً على رجلٍ»، فأنكر، وحلف، ثم جاء المدعي بعد أيام، وقال: «حلفتَ يومئذٍ؛ لأنك كنت معسراً، ولم يلزمك تسليم شيء إليَّ، وقد أيسرت الآن»، فهل تُسمع؟ فيه وجهان:

في وجهٍ: تُسمع، ويحلف المدعى عليه؛ لإمكانه.

وفي وجه: لا؛ لأنه لا يتناهى، ويفضي إلى أن لا ينفصل الأمر بينهما بحال[3].

---

(١) انظر: هامش (٣) «العزيز» (١٣/ ٢٠٧).

(٢) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٢٥٦).

(٣) «الأصح أنه يسمع إلا إذا تكرر». انظر: «الروضة» (١٢/ ٤٣).

فرعٌ:

إنما يحلف المدعى عليه إذا طلب المدعي يمينه. فإن لم يطلب، ولم يقلع عن المخاصمة، لم يحلفه القاضي. ولو حلفه، لم يعتد بتلك اليمين.

وحكى أبو الفرج الزاز وجهاً آخر: أنه لا يتوقف التحليف على طلبه؛ لأن للمدعى عليه غرضاً في اليمين، وهو سقوط المطالبة، والملازمة، وادعى أن هذا الوجه أصح، ونقله القاضي أبو سعد الهروي عن القفال الشاشي. والمشهور: الأول.

وإن امتنع عن تحليفه، ثم أراد أن يحلفه(١) بالدعوى السابقة، جاز؛ لأنه لم يسقط حقه عن اليمين(٢).

فإن قال: «أبرأتك عن اليمين»، سقط حقهُ عن اليمين في هذه الدعوى، وله استئناف الدعوى وتحليفه، ذكره في «التهذيب»(٣).

* * *

(١) قوله: (ثم أراد أن يحلفه) ليس في (أ).

(٢) انظر: «الروضة» (١٢/ ٤٣)، وهامش «العزيز» (١٣/ ٢٠٨).

(٣) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٢٥٠).

قال:

(الركنُ الرابع: النّكول

ولا يثبتُ الحقُّ به، لكن تُردُّ على المدَّعي إذا تمَّ نكولُه، بأن[١] يقول: لا أحلِف، أو أنا ناكلٌ، أو سكت، وقالَ القاضي: قضيتُ بالنكول، أو قالَ للمُدَّعي: احلِف، وينبغي أن يَعرِضَ القاضي[٢] اليمُين ثلاثَ مراتٍ، ويشرحَ له حكمَ النّكول، فإن لم يَشرَح، وقضى بالنكول، فرَجَع، وقال: لم أعرِف حكمَ النّكول، ففي جوازِ الحلفِ خلافٌ، وحيثُ منعناه، فلو رضي المدَّعي بيمينِه، ففي جوازِه وجهان).

إذا أنكر المدعى عليه، واستحلف، فنكل عن اليمين، لم يقض عليه بالنكول، ولكن تُردُّ اليمين على المدعي، فاذا حلف قضي له.

وعند أبي حنيفة[٣]، وأحمد[٤]: يقضى على المدعى عليه بنكوله.

واستثنى أبو حنيفة: القصاص في النفس.

ووافقنا مالك[٥] على أنه لا يقضى بالنكول، لكن قال: ما يثبت بشاهدٍ، ويمينٍ:

---

(١) في (أ) و(ي) و(ظ): (ويتم بأن).

(٢) قوله: (القاضي) ليس في (ز).

(٣) «الهداية» (٣/ ١٥٧).

(٤) قال في «الإنصاف» (١٢/ ١١٢): الذي يقضي فيه بالنكول: هو المال أو ما مقصوده المال. هذا المذهب. وعنه: هو المال أو ما مقصوده المال وغير ذلك إلا قود النفس. وعنه: إلا قود النفس وطرفها.

(٥) انظر: «مختصر خليل» ص٢٦٨.

تُرد فيه اليمين على المدعي. وما لا يثبت بشاهد، ويمين: لا تردُّ فيه اليمين، ولكن يحبس المدعى عليه، حتى يحلف، أو يقرّ.

واحتج الأصحاب بما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما، أنّ النبيّ ﷺ: «ردّ اليمين على طالب الحقّ»[١]، وعن عمر رضي الله عنه: «تحويل اليمين إلى المدعي». قالوا: والنكول كما يحتمل أن يكون تحرراً عن اليمين الكاذبة، يحتمل أن يكون تورعاً عن اليمين الصادقة، فلا يقضى به مع التردد، والاحتمال.

إذا عرف ذلك: فلو لم يعرف المدعي تحويل اليمين إليه[٢] بنكول المدعى عليه، عرفه القاضي، وبين له[٣] أنه «إن حلف استحق».

وإنما يحصل النكول، بأن يعرض القاضي اليمين عليه، فيمتنع. وفُسر العرض بأن يقول: «قل: والله»، والامتناع بأن يقول: «لا أحلف» و«أنا ناكل». قال الإمام[٤]: وقوله: «قل: والله»، ليس أمراً جازماً، وإنما المراد بأنه وقت اليمين المعتدِّ بها للمدعى عليه.

ولو قال: «أتحلف بالله تعالى؟»، فقال: «لا». فهذا ليس بنكول. ولو ابتدر حين سمع هذه الكلمة وحلف، لم يعتد بيمينه؛ لأنه استخبار لا استحلاف. ولو قال: «احلف»، فقال: «لا أحلف»: ففي «التهذيب»[٥]: إنه ليس بنكول أيضاً.

---

(١) قال الحافظ ابن حجر في «التلخيص» (٤/ ٢٠٩): «حديث ابن عمر ...: الدارقطني والحاكم والبيهقي، وفيه محمد بن مسروق، لا يعرف، وإسحاق بن الفرات مختلف فيه، ورواه تمّام في «فوائده» من طريق أخرى عن نافع». أخرجه الحاكم في كتاب الأحكام (٤/ ١١٣) وقال: «هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه».

(٢) قوله: (إليه) ليس في (أ).

(٣) قوله: (له) ليس في (أ) و(ي).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (١٨/ ٦٦١).

(٥) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٢٥١).

وقال الإمام[١]: هو نكول. وهو واضحٌ. ولا فرق بين قوله: «قل بالله»، وبين قوله: «احلف بالله».

ولو استحلف فلم يحلف، ولا تلفظ بأنه ناكلٌ، أو ممتنع، فسكوته نكول، كما أن السكوت عن الجواب في الابتداء نازل منزلة الإنكار.

ثم ذكر الإمام[٢] وغيره: أنه إن صرح بالنكول، فلا حاجة إلى حكم القاضي بأنه ناكل، وإن سكت، فيحكم القاضي بأنه ناكل؛ ليرتب عليه ردّ اليمين.

وقول القاضي للمدعي: «احلف»، نازل منزلة قوله: «حكمت بأن المدعى عليه ناكل». وهذا ما أراده بقوله: (ويتم بأن يقول: «لا أحلف» أو «أنا ناكل»، أو سكت، وقال القاضي: «قضيت بالنكول»، أو قال للمدعي: «احلف»).

فقوله: (أو سكت)، متعلقٌ بقوله: (بأن يقول: «لا أحلف»).

وقوله: (أو قال للمدعي: «احْلف»)، متعلق بقوله: (وقال القاضي: «قضيت بالنكول»).

وإنما يحكم القاضي بأنه ناكل، إذا لم يظهر كون السكوت لدهشٍ، أو غباوةٍ، ونحوهما.

ويستحب للقاضي أن يعرض اليمين على المدعى عليه ثلاث مرات، والاستحباب فيما إذا سكت أكثر منه فيما إذا صرح بالنكول.

وعن أبي حنيفة[٣]: أن العرض ثلاثاً شرطٌ.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٨٨).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (١٨/ ٦٦٠).

(٣) انظر: «الهداية» (٣/ ١٥٧).

وإذا تفرس فيه سلامة جانب، شرح له حكم النكول. فإن لم يشرح، وحكم بأنه ناكلٌ، وقال المدعى عليه: «لم أعرف حكم النكول»، ففي نفوذ الحكم احتمالان للإمام[١]، **أظهرهما**: النفوذ، وكان من حقه أن يبحث، ويعرف قبل أن ينكل.

ولو أراد المدعى عليه بعد الامتناع أن يعود، فيحلف، نُظر: إن كان ذلك بعد أن حكم القاضي «بأنه ناكلٌ»، أو قال[٢] للمدعي: «احلف»: لم يكن له الحلف.

وإن أقبل عليه ليحلفه، ولم يقل بعد: «احلف»، فهل هو كما لو قال: «احلف»؟ فيه وجهان عن القاضي الحسين.

وإن لم يجر شيءٌ من ذلك، فله الحلف حتى لو هرب المدعى عليه قبل أن يحكم القاضي عليه، بأنه ناكلٌ. وقبل أن يعرض اليمين على المدعي، لم يكن للمدعي أن يحلف اليمين المردودة، وكان للمدعى عليه[٣] الحلف إذا عاد. وهكذا أطلق صاحب «التهذيب»[٤] وغيره.

وقضيته التسوية بين التصريح بالنكول، وبين السكوت؛ حتى لا يمتنع من العود إلى اليمين في الحالتين، إلا بعد الحكم بأنه ناكلٌ، أو بعد عرض اليمين على المدعي.

وقد يفهم قول من قال: إنه لا حاجة عند التصريح بالنكول إلى حكم الحاكم: امتناع العود إلى الحلف عند التصريح بالنكول، وإن لم يوجد حكمٌ، ولا عرضُ[٥] يمينٍ.

وحيث منعناه من العود إلى الحلف، فذلك إذا لم يرض المدعي. فإن رضي فوجهان:

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (١٨/ ٦٦٠).

(٢) في (أ): (وقال).

(٣) قوله: (عليه) ليس في (ز).

(٤) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٢٥٢).

(٥) في (ز): (الأعراض؟).

أحدهما: أن حق حلفه قد بطل، فلا يؤثر فيه الرضا.

وأظهرهما: أن له العود إليه، فإن الحق لا يعدوهما.

وقال في «الرقم»: وإذا رضي بأن يحلف المدعى عليه[١]، والحالة هذه، ثم إنه لم يحلف: لم يكن للمدعي أن يعود إلى يمين الرد؛ لأنه أبطل حقه، حيث رضي بيمين المدّعى عليه.

وليعلم قوله في الكتاب: (ولا يثبت الحق) بالحاء والألف والميم؛ لما مرّ من مذاهبهم.

وقوله: (ويتم النكول) إلى آخره، في لفظه إشكالٌ، فإنه جعل أحد طريقي تمام النكول: حكم القاضي بالنكول، ومعلومٌ أن القاضي إنما يحكم بالنكول إذا تم النكول، فكيف يكون تمام النكول بالحكم الموقوف على تمام النكول؟ وأراد أن حكم النكول يثبت بالتصريح بالنكول، أو بالسكوت وحكم القاضي.

وقوله: (ففي جواز الحلف خلافٌ)، أي: هل ينفذ الحكم بأنه ناكلٌ من غير علمه بحكم النكول، أو لا ينفذ حتى يجوز له الحلف؟ وعبر بالخلاف عن الاحتمالين اللذين نقلناهما عن الإمام[٢].

فرع:

نقل القاضي الروياني في «جمع الجوامع»: أن قول القاضي للمدعي: «أتحلف أنت؟»، كقوله له[٣]: «احلف؛ حتى لا يتمكن المدعى عليه من الحلف بعد ذلك»، قال: وعندي فيه نظرٌ. والله أعلم.

---

(١) قوله: (عليه) ليس في (ز).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (١٨/ ٦٦١).

(٣) قوله: (له) ليس في (أ) و(ي).

قال:

(ثم المدَّعي إن نكل، فنكولُه كحَلفِ المدَّعى عليه، وإن حَلفَ فهو كإقرارِ الخصم، أو كبينته؟ فيه خلاف، ولا شكَّ في أنه يُستحَقُّ الحقُّ به، وإن قالَ المدَّعي: أمهِلوني، أمهلناه ثلاثاً؛ لأنه على اختيارِه[١]، في تأخيرِ الطَّلب).

أما المدَّعى عليه فلا يُمهَل، فإن لم يَرجِع بعدَ ثلاثٍ، بطلَ حقُّه من اليمين، وكان كنكولِهِ، وفيه وجهٌ: أنه على خيرتِه أبداً، وكذا الكلامُ فيما لو أقامَ شاهداً، وأرادَ أن يَحلِفَ معه، ثم نكل، فالصَّحيح: أنه لا يُقبلُ منه بعدَ ذلكَ إلا ببيِّنةٍ كاملة).

المدعي إذا ردت اليمين عليه، إما أن يحلف، أو يمتنع:

الحالة الأولى: أن يحلف فيستحق المدّعى، ويمينه بعد نكول المدعى عليه بمنزلة بينةٍ يقيمها، أو بمنزلة إقرار المدعى عليه؟ فيه قولان:

أحدهما: أنها كالبينة؛ لأن الحُجة: اليمين، واليمين وجدت منه.

وأصحهما ـ وهو المنصوص في «المختصر» في باب النكول ـ: أنها بمثابة إقرار المدعى عليه؛ لأنه بنكوله توصل إلى الحق، فأشبه إقراره[٢].

وللقولين فروع كثيرة مذكورة في مواضعه، ومنها: أن المدعى عليه، لو أقام بينة

---

(١) في (أ): (على اختيار).

(٢) انظر: «المختصر» ص٣١٠، و«الروضة» (١٢/ ٤٥)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٤٧٨).

على أداء المال، أو على الإبراء عنه بعد ما حلف المدعي: فإن جعلنا يمينه كبينته، سُمعتْ بينة المدعى عليه. وإن جعلناها كإقرار المدعى عليه، لم تسمع؛ لكونه[١] مكذباً للبينة بالإقرار[٢].

وحكى القاضي أبو سعد الهروي اختلافاً للأصحاب في أنه: يجب الحق بفراغ المدعي من اليمين المردودة، أم لا بد من حكم الحاكم بالحق؟ ويمكن أن يبنى هذا على القولين: إن جعلناها كالبينة، فلا بد من الحكم. وإن جعلناها كإقرار المدعى عليه، فلا حاجة إليه. على أن في الإقرار أيضاً خلافاً قد مرّ في أدب القضاء.

و**الحالة الثانية**: أن يمتنع عن الحلف، فيسأله القاضي عن سبب امتناعه، فإن لم يتعلل بشيءٍ، أو قال: «لا أريد أن أحلف»، فهذا نكول يسقط حقهُ عن اليمين، وليس له مطالبة الخصم، وملازمته[٣].

ثم قضية قوله في الكتاب: (أنَّ نكوله كحلفِ المدعى عليه)، أن لا يتمكن من استئناف الدعوى وتحليفه في مجلس آخر، كما لو حلف المدعى عليه، ولا ينفع بعد ذلك إلا البينة. وكذلك ذكره صاحب «التهذيب»[٤]، وصرح به الإمام[٥]. ووجهه[٦]: بأنا لو لم نقل بهذا، لرفع خصمه كل يومٍ إلى القاضي، والخصم ناكل، وهو لا يحلف اليمين المردودة، فيعظم الخطب، ولا يتفرغ القاضي من خصومته إلى شغل آخر.

---

(١) في (أ): (كنكوله).

(٢) انظر هامش (٤) «العزيز» (١٣/ ٢١١).

(٣) انظر: هامش (٣) «العزيز» (١٣/ ٢١٢).

(٤) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٢٥٢).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (١٨/ ٦٦٢- ٦٦٣).

(٦) في (أ) و(ي) و(ظ): (ووجه).

والذي ذكره العراقيون والقاضي الروياني: أنه لو جدد[1] الدعوى في مجلس آخر، ونكل[2] المدعى عليه ثانياً، تُردّ اليمين على المدعي. وهذا ما أورده القاضي أبو سعد الهروي. ولا شك أن الأول: أحسن وأقوى.

وإن ذكر المدعي[3] لامتناعه سبباً، فقال: «أريد أن آتي بالبينة»، أو «أسأل الفقهاء»، أو «أنظر في الحساب»، تُرك، ولم يبطل حقه من اليمين.

وهل يُقدّر لإمهاله مدة؟ فيه وجهان:

أظهرهما ـ عند الإمام[4] وصاحب الكتاب ـ: أنه يمهل ثلاثة أيام، ولا يزاد، وإلا لم يؤمن من الملاحة[5] والمرافعة مرة بعد أخرى، وقد يتعب[6] الخصم، والقاضي.

والثاني: أنه لا تقدير؛ لأن اليمين حقه، فله تأخيره إلى أن يشاء كالبينة يتمكن من إقامتها متى شاء[7]. وهذا ما أورده في «التهذيب»[8].

ولمن قال بالأول، أن يفرق: بأن البينة قد لا تساعده ولا تحضر، واليمين إليه.

ولم يذكر الشافعي رضي الله عنه ـ فيما إذا امتنع المدعى عليه عن اليمين ـ أنه يسأل عن سبب امتناعه.

---

(١) في (ز): (جرد).
(٢) قوله: (ونكل) ليس في (ز).
(٣) قوله: (المدعي) ليس في (ز).
(٤) «نهاية المطلب» للجويني (١٨/ ٦٦٢).
(٥) في (ظ): (الملاحاة).
(٦) في (ز): (بعد أخرى فيتعب).
(٧) في (أ) و(ي): (شاهدوا).
(٨) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٢٥٢).

فعن[١] ابن القاص: أن قياس ما ذكره في امتناع المدعي: أن يسأل المدعى عليه عن سبب الامتناع أيضاً. وامتنع عامة الأصحاب من هذا الإلحاق، فارقين: بأن امتناع المدعى عليه: يثبت للمدعي حق الحلف، والقضاء بيمينه، فلا يؤخر حقه بالبحث، والسؤال. وامتناع المدعي: لا يثبت حقاً لغيره، فلم يضر السؤال عن سبب الامتناع.

فكان يجوز أن يقال: إن امتناع المدعى عليه، إنما يثبت الحق للمدعي، إذا امتنع بلا سبب. فأما إذا تعلل بعذرٍ ـ كما سنذكره على الأثر ـ فلا ينتقل حق اليمين من جانبه إلى جانب المدعي.

وإذا لم يكن الامتناع المطلق ناقلاً للحق، لم يكن السؤال تأخيراً للحق.

ولو أن المدعى عليه ـ حين استحلف ـ قال: «أمهلوني لأنظر في الحساب» أو «أسأل الفقهاء»، فوجهان:

أشهرهما ـ وهو المذكور في الكتاب[٢] ـ: أنه لا يمهل إلا أن يرضى المدعي؛ لأنه مجبور محمول على الإقرار واليمين، بخلاف المدعي فإنه مختارٌ في طلب حقه وفي تأخيره.

والثاني ـ وبه قال صاحب «الإفصاح» ـ: أنه يمهل؛ للحاجة، ولا يزاد على ثلاثة أيام كي لا يتضرر المدعي.

واختار القاضي الروياني: وجه الإمهال، وقال ـ فيما إذا «استمهل ليسأل الفقهاء» ـ: إن قضاة بلدنا استحسنوا الإمهال يوماً.

ولو استمهل المدعى عليه في ابتداء الجواب، «لينظر في الحساب»: ذكر القاضي أبو سعد: أنه يمهله إلى آخر المجلس إن شاء.

---

(١) في (أ): (وعن).

(٢) انظر: «الوجيز» (٢/ ٢٦٦)، و«الروضة» (١٢/ ٤٦)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٤٧٨).

وإذا علل المدعي امتناعه بعذر كما بينا، ثم عاد بعد مدة ليحلف، مُكّن منه.

قال في «التهذيب»[١]: فإن لم يذكر القاضي نكول خصمه، أثبته بالبينة.

وكذا لو أثبت عند قاضٍ آخر، نكول خصمه، له أن يحلف.

وكذا لو نكل المدعى عليه في جواب وكيل المدعي، ثم حضر الموكل، له أن يحلف[٢]، ولا يحتاج إلى استئناف الدعوى.

ومن أقام شاهداً واحداً ليحلف معه، ثم إنه لم يحلف، فهو كما إذا ارتدت اليمين إلى المدعي، فلم يحلف.

فإن علل الامتناع بعذر[٣]، عاد الوجهان في أنه: على خيرته أبداً، أو لا يزاد إمهاله على ثلاث[٤]. وإن لم يعلل بشيءٍ، أو صرح بالنكول ـ فعلى ما في الكتاب، و«التهذيب»[٥] ـ: يبطل حقه من الحلف، وليس له العود إليه، واستمر العراقيون على ما ذكروه هناك.

قال المحاملي في «التجريد»: لو امتنع عن الحلف مع شاهده، واستحلف الخصم، انتقلت اليمين من جانبه إلى جانب صاحبه، فليس له أن يعود فيحلف إلا إذا عاد في مجلس آخر، واستأنف المدعي الدعوى، وأقام الشاهد، له أن يحلف معه.

فإن قلنا بالأول: لم تنفعه إلا بينةٌ كاملة.

---

(١) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٢٥٣).

(٢) من قوله: (وكذا لو نكل) إلى هنا ليس في (ز).

(٣) في (ز): (بعذر كما بينا).

(٤) في (ز): (على ثلاثة أيام).

(٥) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٢٥٣).

وأما لفظ الكتاب: فقوله: (فنكوله كحلف المدعى عليه)، يجوز إعلامه بالواو؛ لأن من قال بردّ اليمين عند تجديد دعوى، ونكول، لا يكون نكوله كحلف المدعى عليه.

وقوله: (وإن قال المدعي: «أمهلوني»، أمهلناه، ثلاثاً)، محمولٌ على ما إذا قال: «أمهلوني لأطالع الحساب» أو «أراجع الفقهاء»[١].

فأما إذا اقتصر على قوله: «أمهلوني»: فيشبه أن يقال: هو كما إذا لم يذكر عذراً أصلاً.

وقوله: (أما المدعى عليه فلا يمهل)، فعلم بالواو.

وقوله: (ولو[٢] لم يرجع)، أي المدعي.

ولفظ «النكول» في قوله: (أقام شاهداً وأراد أن يحلف معه، ثم نكل)، ما ينبغي أن يحمل على النكول المطلق، والامتناع، بلا عذر، بل يحمل على الاستمهال، والتمسك بعذر، فإن ذلك هو صورة الوجهين في الامتناع عن اليمين المردودة، لا مطلق الامتناع.

وحينئذٍ فقوله: (لا تقبل منه بعد ذلك إلا ببينةٍ كاملة)، أي[٣] إلا بعد الثلاث؛ لينطبق[٤] الحكم على المذكور في اليمين المردودة. والله أعلم.

---

(١) في (أ) و(ي): (الفقيه).

(٢) في (أ): (فلو).

(٣) قوله: (أي) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

(٤) في (أ) و(ظ): (لينظرون).

قال:

(ويتعذَّرُ ردُّ اليمينِ حيثُ يكونُ المدَّعي السلطان، فإذا نكلَ ربُّ مالِ الزّكاة، لم يَحلِف السّاعي، بل يُقضى بالنُّكولِ على وجهٍ، ويُحبَس على وجهٍ، حتى يَحلِفَ أو يُقِرّ، والذِّمّيُّ إذا ادّعى أنه أسلَم قبلَ انقضاءِ السَّنة، ثم نكلَ عن اليمين، فيُحبَسُ[١] على وجهٍ، ويُقضى عليه[٢] على وجهٍ، ولا يُطلبُ منه شيءٌ[٣] على وجهٍ، وولُد المُرتزقةِ[٤] إذا ادَّعى البلوغ، واتُّهِم، ونكلَ لم يَثبُت اسمُه إلى أن يَعلمَ بلوغَه، ومن مات، ولا[٥] وارثَ له، فادَّعى القاضي له ديناً على إنسانٍ، فنكل، حُبِسَ على وجهٍ، حتى يقره أو يَحلِف، وقُضِيَ عليه بالمالِ على وجهٍ، ويُترَكُ على وجهٍ، وهو أبعدُ هاهنا منه في الذِّميّ).

ما ذكرنا: أنه ترد اليمين على المدعي، ولا يقضى بالنكول، هو الأصل، المقرر في المذهب. لكنه قد يتعذّر ردّ اليمين، وحينئذٍ، فمن الأصحاب من ذهب إلى القضاء بالنكول، وبيانه بصور:

منها: إذا طولب رب المال بالزكاة فقال: «بادلتُ النصاب في أثناء الحول»، أو «دفعت الزكاة إلى ساعٍ آخر»، أو غلط الخارص في الخرص[٦]، أو أصابت الثمار

(١) في (أ) و(ي): (يحبس).

(٢) قوله: (عليه) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

(٣) قوله: (شيء) ليس في (أ).

(٤) قال في «المصباح» ص٢٢٥: وارتزق القوم أخذوا أرزاقهم، فهم مرتزقة.

(٥) في (أ): (فلا).

(٦) في (ز): (الخرج).

جائحة، واتهمه الساعي، فيحلف على ما يدعيه: إيجاباً، واستحباباً، على اختلافٍ مذكور في الزكاة[١]. فإن نكل، لم يطالب بشيءٍ، إن قلنا بالاستحباب.

وإن قلنا بالإيجاب: فإن انحصر الموصوفون بصفات الاستحقاق في البلد، وقلنا: بامتناع النقل، فترد اليمين عليهم. وإلا فيتعذر الرد إلى الساعي، والسلطان.

وما الذي يُفعل؟ فيه ثلاثة أوجه:

أشهرها[٢]: أنه تؤخذ منه الزكاة. وكيف سبيله؟ رأى ابن القاص هذا حكماً بالنكول، ورواه عن ابن سريج؛ وسبب تجويزه دعاء الضرورة إليه. وقال أكثرهم: ليس هذا حكماً بالنكول، لكن قضية ملك النصاب، ومضي الحول: الوجوب، فإذا لم يثبت دافع، أخذنا الزكاة.

الوجه الثاني: أنه لا يطالب بشيءٍ؛ لأنه لم تقم عليه حجة.

والثالث: أنه يحبس حتى يُقر فتؤخذ منه الزكاة، أو يحلف فيعرض عنه.

ومنهم من فرق بين أن يكون رب المال على صورة المدعي، بأن يقول: «أديت في بلدة أخرى» أو «إلى ساعٍ آخر»، فتؤخذ منه الزكاة، إذا لم يحلف. وبين أن يكون على صورة المدعى عليه[٣]، بأن يقول: «ما تم حولي»، أو «ما في يدي لفلان المكاتب»، فلا يؤخذ منه شيء، فهذا وجهٌ رابع، وقد نسبه صاحب «التهذيب»[٤] في باب الزكاة، إلى ابن سريج، ورجّحه.

---

(١) انظر: «الوجيز» (١/ ٩٢)، و«الروضة» (٢/ ٢٥٢).

(٢) انظر: «الروضة» (١٢/ ٤٨)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٤٧٩)، و«التلخيص» ص٦٤٦.

(٣) من قوله: (بأن يقول: أديت في بلدة) إلى هنا ليس في (ي).

(٤) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٣٦).

ومنها: الذمي إذا مات في أثناء السنة: يلزمه من الجزية، قسط ما مضى، أو لا يلزمه شيء؟ فيه قولان[١] مذكوران في موضعها[٢].

فإن غاب ذمي، ثم عاد وهو مسلم، فقال: «أسلمت قبل تمام السنة، فليس عليَّ تمام الجزية» أو «ليس عليَّ شيء منها»، وقال عامل الجزية: «بل أسلمتَ بعدها، وعليك تمام الجزية»، فيحلف الذمي[٣] استحباباً على وجهٍ، وإيجاباً على وجهٍ.

فإن قلنا بالإيجاب: فيقضى عليه بالجزية، أو لا يطالب بشيءٍ، أو يحبس؛ ليقرّ فتؤخذ منه الجزية، أو يحلف فيترك؟ فيه الوجوه الثلاثة المذكورة في الصورة السابقة.

قال الإمام[٤]: وقيد صاحب «التلخيص» المسألة بما إذا غاب، ثم عاد وهو مسلم، وظاهر هذا: أنه لو كان عندنا، وصادفناه مسلماً في آخر السنة[٥]، فادعى أنه أسلم قبل تمامها، وكتم إسلامه، لا يقبل قوله؛ لأن الظاهر: أن من أسلم في دار الإسلام، لا يكتم إسلامه.

ومنها: ولد المرتزقة، إذا ادعى البلوغ بالاحتلام، وطلب إثبات اسمه في الديوان، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يُصدّق من غير يمين؛ لأنه وإن كان كاذباً، فكيف يحلفه وهو صبيٌّ، وإن كان صادقاً، وجب أن يُجاب.

---

(١) في (ز): (وجهان).

(٢) انظر: «الوجيز» (٢/ ٢٠٠)، وما سلف (٢٠/ ٦٢).

(٣) في (ز): (قبل)، وهو خطأ.

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (١٨/ ٦٧٤).

(٥) في (ز): (الحول).

وأظهرهما: أنه يحلف عند التهمة، فإن نكل، فلا يجاب، ولا يثبتُ اسمهُ إلى أن يظهر بلوغه. وهذا ما أورده في الكتاب[١].

ويقربُ منه: أن بعض من شهد الوقعة من المراهقين، إذا ادعى الاحتلام، وطلب سهم المقاتلة، يُعطى إن حلف، وإن لم يحلف، فوجهان:

أحدهما: أنه يعطى، ويوجه هذا بطريقين:

أحدهما: أنه مصدق بغير يمين؛ لأن احتلامه إنما يعرف من جهته، فأشبه ما إذا علق العتق أو الطلاق بالمشيئة، فقال: «شئت»، يُصدّق بلا يمين.

والثاني: أن شهود الوقعة، وحصول الغناء به، يقتضي استحقاق السهم.

وأظهرهما: أنه لا يعطى إذا لم يحلف.

وجعل صاحب «التلخيص»[٢] هذا حكماً بالنكول.

وقال غيره: إنما لم يعط؛ لأن حُجّته ـ إذا قلنا: إنه يحلف ـ إنما هي اليمين، فإذا لم يحلف، لم يقض له؛ لعدم الحُجّة؛ لأنه قضى عليه بالنكول.

ومنها: إذا مات من لا وارث له، فادعى القاضي ـ أو منصوبه ـ: ديناً له على إنسانٍ وجده في تذكرةٍ[٣]، فأنكر المدعى عليه، ونكل عن اليمين، ففيه وجوهٌ:

أحدها: أنه يحبس، حتى يقرّ أو يحلف.

والثاني: أنه يقضى عليه بالنكول، فيؤخذ منه المال؛ لأن ورثته المسلمون، وردّ اليمين عليهم متعذر.

---

(١) «الوجيز» (٢/ ٢٦٦)، وانظر: «الروضة» (١٢/ ٢٠٠).

(٢) انظر: «التلخيص» ص٦٤٦.

(٣) في (أ) و(ي) و(ظ): (تذكرته).

والوجه **الثالث**: أنه يعرض عنه، ولا يتعرّض له.

نعم، لو كان معانداً، فهو عاصٍ آثم.

وقوله في الكتاب: (وهو أبعد هاهنا منه في الذمي)، إنما ذكر ذلك؛ لأن هذا الوجه مشهور في مسألتي الزكاة، وإسلام الذمي، وهو غريب هاهنا، لم يُحكَ إلا عن الشيخ أبي محمّد.

وسبب الفرق: أنه مبني[١] هناك على استحباب اليمين، واليمين هاهنا مستحقة على المدعى عليه، فالإعراض عنه بنكوله، إسقاط لليمين، وإبطالٌ لفائدته.

ويجري الخلاف المذكور فيما إذا ادعى وصيٌّ ميتٍ على وارثه: «أنه أوصى بثلثه للفقراء»، وأنكر الوارث، ونكل.

ولو ادعى وليُّ الصبي والمجنون «ديناً له على إنسانٍ»، فأنكر، ونكل ففي الردِّ على الوليّ وجوه:

أحدها: أن اليمين ترد عليه؛ لأنه المستوفي، والصبي والمجنون، ليس لهما أهلية اليمين.

والثاني: المنع؛ لأن إثبات الحقّ للإنسان بيمين غيره، مستبعدٌ.

والثالث: أنه إن ادعى ثبوته بسببٍ باشره بنفسه، رُدّ عليه، وإلا فلا.

وأجري هذا الخلاف، فيما إذا أقام شاهداً واحداً، هل يحلف معه؟

وفيما إذا ادعى على الوليّ ديناً[٢] في ذمة الصبي، هل يحلف إذا أنكر؟

والوصي والقيم في ذلك كالولي.

---

(١) في (ظ): (مسير).

(٢) في (ز): (دين).

ويجري في قيم المسجد، ومتولي الوقف، إذا ادعى للمسجد، أو للوقف، وأنكر المدعى عليه، ونكل.

وتحليف الولي والوصي، له ذكر في الكتاب، في الباب الأخير من الصداق[١]، فليتذكر.

ثم المذهبيون إلى ترجيح المنع ـ من الوجوه الثلاثة ـ أميل[٢]. ولا بأس بوجه التفصيل[٣]، ولقد رجحه أبو الحسن العبادي، وبه أجاب السرخسي في «الأمالي».

وإن منعنا ردّ اليمين إلى الولي، والوصي، فينتظر بلوغ الصبي، وإفاقة المجنون، ويكتب القاضي المحضر «بنكول المدعى عليه، وصيرورة اليمين موقوفة علىٰ البلوغ، والإفاقة».

ويعود في المدعي للمسجد والوقف، الوجهان في أنه: يقضى عليه بالنكول، أو يحبس؛ ليحلف أو يقرّ. والأصح من هذا الخلاف ـ في مسألة من لا وارث له ـ: أنه لا يقضى بالنكول، ولكن يحبس؛ ليحلف أو يقر.

وإنما حكمنا فيما قبل ذلك من الصور بالمال؛ لأنه قد سبق أصلٌ يقتضي الوجوب، ولم يظهر دافعٌ، فأخذنا بذلك الأصل[٤]، وهاهنا لا مستند إلا النكول، والنكول المحض لا اعتماد عليه على أصلنا.

وقيم المحجور عليه: إذا ادعى له، ونكل المدعى عليه، يحلف المحجور: «أنه

---

(١) انظر: «الوجيز» (٢/ ٣٥).

(٢) قوله: (أميل) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

(٣) في (ي): (الفصل).

(٤) في (ز): (والأصل).

يلزمه تسليم هذا المال»، ولكن لا يقول: «إليَّ». وقيِّمُهُ يقول في الدعوى: «يلزمك تسليمه إليَّ».

ومنها: للقاذف أن يُحلِّف المقذوف على «أنه لم يزنِ» كما مرّ، فإن نكل:

حكى القاضي أبو سعد وجهاً: أنه يسقط ـ بنكوله ـ حدّ القذف عن القاذف، ولا تُردّ اليمين عليه؛ لأن قضية يمينه: إثبات حدّ الزنى على المقذوف، ولا يمكن إثبات الحدّ عليه باليمن.

والمشهور ما تقدم: أنه تُردّ اليمين على القاذف، وأثر يمينه: اندفاع حدّ القذف عنه، لا إثبات حدّ الزنى على المقذوف، كما أن اليمين تُردّ على مدعي السرقة، وتؤثر يمينه في إثبات المال دون القطع. والله أعلم.

* * *

قال رحمه الله:

(الركنُ الخامس: البيِّنة:

وقد ذكَرنا شروطَها، فإن تعارضَتا ولا ترجيح، فلا يخلو: إما أن يكونَ المدَّعى في أيديهما، أو في يدِ ثالث، فإن كانَ في يد ثالثٍ فالبيِّنتانِ تَتساقطانِ على قولٍ، وتُوجَبُ[1] القسمةُ بينَهما على قول، ويُقرَع بينَهما على قول، فيُسلَمُ لمن خَرجَت قرعتُه، ويَتوقَّفُ[2] إلى الصُّلحِ على قول، ولا يجري قولُ القسمة[3]، والصُّلح، في الزَّوجةِ المُتنازعةِ بيَن رجلَين، وفي جريانِ قولِ القُرعةِ خلاف، وإذا[4] تكاذَبتِ البيِّنتان صريحاً[5]، لم يتَّجِه إلا التَّهاتُر، كما لو شَهِدَ أحدُهما على القتلِ في وقت، وشَهِدَ الآخرُ على الحياةِ في ذلك الوقتِ بعينِه. وقيل: بطردِ بقيَّةِ[6] الأقوالِ أيضاً. ولو أقرَّ الثالثُ لأحدِهما، فهل يُنزَّلُ إقرارُه منزلةَ اليد، حتى تَرجحَ البيِّنة؟ فيه وجهان).

أحد الأركان في الخصومات الشرعية: البينة، فبها يظهر الحق، وينفصل الأمر، فالقول في شرط الشهود مفروغٌ عنه في الشهادات.

---

(١) في (أ): (فتوجب).

(٢) في (أ): (توقف).

(٣) في (أ): (لا تجري القسمة).

(٤) في (ي): (فإذا).

(٥) قوله: (صريحاً) ليس في (أ).

(٦) في (أ) و(ي): (تطرد فيه)، وفي (ظ): (بطرد ثلاثة أقوال).

والمقصود هاهنا: بيان الحكم عند تعارض البينتين، فإذا تعارضتا، فإما أن تفقد أسباب الرجحان، أو يوجد مرجح.

القسم الأول: إذا لم يوجد مرجح، فإما أن يكون المدّعى في يد ثالث، أو في أيديهما جميعاً. ولا يدخل في هذا القسم، ما إذا كان في يد أحدهما؛ لأن ذلك من أسباب الرجحان على ما سيأتي، وهذا القسم مقصود فيما إذا فقدت الأسباب.

الحالة الأولى: فيما إذا ادعى اثنان عيناً في يد ثالثٍ، فلا يخفى أنه يحلف المدعى عليه يميناً لكلّ واحدٍ منهما، إن ادعاها لنفسه، ولا بينة لواحدٍ منهما.

وأنه إن اختص **أحدهما** بإقامة البينة على ما يدعيه، يُقضى له.

وإن أقام كلّ واحد بينة فقولان:

أصحهما ـ وينسب إلى القديم، وبه قال أحمد[1]، وكذلك مالك[2] في إحدى الروايتين ـ: أنهما يتساقطان؛ لأنهما متناقضتا الموجب، ولا ترجيح، فأشبه الدليلين إذا تعارضا ولا ترجيح، فعلى هذا كأنه لا بينة، ويصار إلى التحليف.

والثاني: أنهما يستعملان؛ صيانةً لهما عن الإسقاط والإبطال بقدر الإمكان، وتنتزع العين من صاحب اليد؛ لأنه قضية كلّ واحدةٍ من البينتين.

ثم فيما يفعل[3] ثلاثة أقوال:

أحدها: أن العين المدعاة تقسم بينهما، وبه قال أبو حنيفة[4]، وكذلك مالك[5]

---

(١) انظر: «المقنع» ص٣٤١، و«شرح منتهى الإرادات» (٣/ ٥٢٧).

(٢) انظر: «المدونة الكبرى» (٤/ ٤٥)، وانظر: «الحاوي» (٢١/ ٣٤٥)، و«الروضة» (١٢/ ٥١)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٤٧٩).

(٣) أي: كيفية الاستعمال.

(٤) انظر: «الهداية» (٣/ ١٦٨).

(٥) انظر: «المدونة الكبرى» (٤/ ٤٥).

في إحدى الروايتين[١]؛ لما روي عن أبي موسى الأشعري رضي الله عنه: «أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ في بعيرٍ، فأقام كلّ واحدٍ منهما البينة أنه له، فجعله النبي ﷺ بينهما نصفين»[٢]. وأيضاً: فالبينة حجة كاليد. ولو تداعيا، والشيء في أيديهما، يجعل بينهما نصفين، فكذلك هاهنا. وأيضاً: فلو أن رجلين أقام كل واحد منهما بينةً على «أنه أوصى له بهذه الدار»، تجعل بينهما، فكذلك هاهنا.

والثاني: أنه يقرع بينهما، ويرجح جانب من خرجت قرعته[٣]؛ لما روي «أن خصمين أتيا النبي ﷺ، وأتى كل واحدٍ منهما بشهود، فأسهم بينهما، وقضى لمن خرج

---

(١) قوله: (في إحدى الروايتين) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

(٢) الحديث، قال عنه الحافظ ابن حجر في «التلخيص» (٤/ ٢٠٩): «... أحمد (٤/ ٤٠٢)، وأبو داود (٣/ ٣١٠) حديث (٣٦١٣) و(٣٦١٥)، والنسائي (٨/ ٢٤٨)، والحاكم (٤/ ١٠٦)، والبيهقي (١٠/ ٤٣١) وذكر الاختلاف فيه على قتادة، وقال: هو معلول، فقد رواه حماد بن سلمة عن قتادة عن النضر ابن أنس عن بشر بن نهيك، عن أبي هريرة. ومن هذا الوجه أخرجه ابن حبان في «صحيحه»، واختلف فيه على سعيد بن أبي عروبة، فقيل: عنه عن قتادة عن سعيد بن أبي بردة عن أبيه عن أبي موسى، وقيل: عنه عن سماك بن حرب عن تميم بن طرفة، قال: «أنبئت أن رجلاً»، قال البخاري: قال سماك بن حرب: أنا حدثت أبا بردة بهذا الحديث، فعلى هذا لم يسمع أبو بردة هذا الحديث من أبيه، ورواه أبو كامل مظفر ابن مدرك عن حماد عن قتادة عن النضر بن أنس عن أبي بردة مرسلاً، قال حماد: فحدثت به سماك ابن حرب فقال: أنا حدثت به أبا بردة، وقال الدارقطني والبيهقي والخطيب: الصحيح أنه عن سماك مرسلاً، ورواه ابن أبي شيبة عن أبي الأحوص عن سماك عن تميم بن طرفة: «أن رجلين ادعيا بعيراً، فأقام كل واحد منهما البينة أنه له، فقضى النبي ﷺ به بينهما»، ووصله الطبراني بذكر جابر بن سمرة فيه بإسنادين، في أحدهما حجاج بن أرطاة، والراوي عنه سويد بن عبد العزيز، وفي الآخر ياسين الزيات، والثلاثة ضعفاء».

(٣) ورد بهامش «العزيز» (١٣/ ٢٢٠): «سكت المصنف عن الترجيح من الأقوال الثلاثة المفرعة على الاستعمال. قال في «الخادم»: كأنهم هونوا أمرها لما كانت مفرعة على الضعيف، وجزم في باب التحالف في البيع بالوقف، ... إلخ».

السهم له»[1]. وأيضاً: فالقرعة المفزع عند استواء الجانبين، كما في العتق، والقسمة والمسافَرَة بإحدى النساء، وما أشبهها.

وهل يحتاج على هذا من خرجت قرعته إلى اليمين؟ فيه قولان في رواية أكثرهم، ووجهان[2] عن رواية القفال:

أوفقهما ـ لظاهر لفظ الكتاب ـ: أنه لا حاجة إلى اليمين، والقرعة ترجح بينته.

والثاني: أنه لا بد من اليمين، والقرعة تجعل أحدهما أحق باليمين، وعلى هذا، حكى القاضي الروياني: أنه يحلف من خرجت قرعته: «أن شهوده شهدوا بالحق»، ثم يقضى له.

والقول **الثالث**: أنه يوقف إلى أن يتبين الأمر، أو يصطلحا[3]؛ لأنه أشكل الحال فيما يرجى انكشافه، فيوقف، كما لو زوجها وليان، ونسيا السابق من العقدين. وأيضاً: فإن أحدهما مستحق والآخر غير مستحق[4]، وإلا فالبينتان كاذبتان، والمستحق منهما غير متعين، فيوقف، كما لو طلق إحدى امرأتيه، ومات قبل البيان، يوقف الميراث إلى الاصطلاح.

---

(١) رواه البيهقي في «السنن الكبرى» (١٠/ ٢٥٥)، قال ابن الملقن في «خلاصة البدر المنير» (٢/ ٤٥١): «قال البيهقي: إنه مرسل جيد، وله شاهد، فذكره». وقال عنه الحافظ ابن حجر في «التلخيص» (٤/ ٢١٠): «أبو داود في «المراسيل» عن سعيد بن المسيب نحوه، ووصله الطبراني في «الأوسط» بذكر أبي هريرة فيه، وفيه شيخه علي بن سعيد الرازي، وهو من أوهامه، ورواه البيهقي مرسلاً، وقال: اعتضد هذا المرسل بطريق أخرى، ثم ساقه من طريق ابن لهيعة عن أبي الأسود عن عروة وسليمان بن يسار نحوه، وأخرج أيضاً من جهة أبان عن قتادة عن خلاس عن أبي رافع عن أبي هريرة نحوه موقوفاً».

(٢) في (أ): (وجهان).

(٣) في (أ): (ويصطلحا).

(٤) قوله: (والآخر غير مستحق) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

واعتذر الناصرون[١] للتساقط عن حديث أبي موسى رضي الله عنه: بأنه يحتمل أن المدعى كان في أيديهما[٢]، فأبطل البينتين، وقسمه بينهما. وعن الحديث الآخر: بأنه كان التنازع في قسمةٍ أو عتقٍ.

وعما احتج به للتوقف: بأن كونها زوجة لأحدهما، وكون الميراث لأحدهما معلومٌ، واستحقاق إحداهما هاهنا غير معلوم[٣]، فلا يلزم من التوقف هناك التوقف هاهنا.

واعرف[٤] بعد هذا: أنه قد يُضمُّ أقوال الاستعمال إلى قول التساقط، ويقال: في المسألة أربعة أقوال، كما نسقها في الكتاب.

وأنه إذا كان التساقط منسوباً إلى القديم، وكان هو الأظهر عند الأصحاب، كانت المسألة من المسائل التي يرجح فيها القديم. وإن الإمام[٥] وصاحب الكتاب حكيا في محلّ القولين في[٦] التساقط والاستعمال، طريقين:

أحدهما: أن القولين فيما إذا لم تتكاذب البينتان صريحاً، وإن تكاذبتا صريحاً[٧]، تساقطتا لا محالة.

والثاني: طرد القولين في الحالتين. وهذا أشهر، والأول أرجح عند صاحب الكتاب.

---

(١) في (ظ): (النافون).

(٢) في (ظ): (يدهما).

(٣) في (ي): (غير معلوم هاهنا).

(٤) في (أ) و(ي): (واعترف).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ١٠٤).

(٦) قوله: (في) ليس في (أ).

(٧) قوله: (صريحاً) ليس في (أ).

والمراد من صريح التكاذب: أن لا يتأتى الجمع، ولا ينقدح فيه تأويل، كما إذا شهدت بينته على القتل في وقت معين، والأخرى على الحياة في ذلك الوقت.

فإن تُوهّم الجمع بضربٍ من التأويل، فليس ذلك بصريح التكاذب، وذلك كما إذا شهدت هذه على «ملك زيد»، وهذه على «ملك عمرو»، فإنه يجوز أن يقال: عرفت كل واحدة[١] سبباً كشراء أو وصية، واستصحبت حكم العقد الذي عرفته.

وكما إذا شهدت هذه على «أنه أوصى بهذه العين لزيدٍ»، وهذه على «أنه أوصى بها لعمرو»، فإنه ربما أوصى بها مرتين.

وإن القاضي الروياني نقل في «جمع الجوامع» طريقين من وجهٍ آخر:

أحدهما: أن القولين فيما إذا لم يمكن الجمع، فإن أمكن قسم بينهما لا محالة.

والثاني: طرد القولين في الحالتين.

فتحصل من النقلين ثلاثة طرق: القطع بالتساقط إذا لم يمكن الجمع[٢]، والقطع بالاستعمال إذا أمكن[٣]، طرد[٤] القولين في الحالتين.

وأن إيراد أبي الحسن[٥] العبادي ينساق إلى طريقة أخرى تنفي الخلاف، وتقطع بالتساقط عند استيقان الكذب في إحداهما، وبالاستعمال عند إمكان صدقهما، كما في الوصية.

---

(١) في (ظ): (واحد).

(٢) من قوله: (فإن أمكن قسم بينهما) إلى هنا سقط من (ز).

(٣) في (ز): (إذا لم يمكن).

(٤) كذا في المطبوع من كتاب «العزيز» (١٣/ ٢٢٢) أيضاً، ولعلّ الصّواب: «وطرد». (م ع).

(٥) في (أ): (الحسين).

وأن أبا الفياض حكى: أن من الأصحاب من لم يثبت قول التوقف[١] أصلًا[٢].

وأن القاضي ابن كج، روى عن أبي حامد القاضي: أن الأقوال الثلاثة لا تجتمع[٣] بل موضع قول القسمة، ما إذا أمكن الجمع، وموضع قول القرعة ما إذا لم يمكن.

وأعلم من لفظ الكتاب ما سوى قول (التساقط) بالزاي[٤]؛ لأن اختيار المزني: هو التساقط. وليعلم بالألف أيضاً؛ لما بيناه. وما سوى قول (القسمة) بالحاء.

ثم في الفصل صورتان:

إحداهما: إذا كان التنازع في زوجية امرأة، وأقام كلّ واحدٍ بينةٍ، وتعارضتا، فقول التساقط بحاله، ولا مجال للقسمة.

وذكر صاحب الكتاب في «الوسيط»[٥]: أن قول الوقف لا يجري أيضاً؛ تعليلًا بأن الصلح غير ممكنٍ.

وهذا ما أراد هاهنا بقوله: (ولا يجري قول القسمة والصلح)، فعبر عن الوقف بالصلح.

والذي رواه صاحب «التهذيب»[٦] وغيره: جريان قول الوقف، وهو الوجه، كما يتوقف في التي أنكحها ولياها.

وليس الصلح مقصوراً على أن يأخذ هذا شيئاً من المدعى، وهذا شيئاً آخر منه، بل من الصلح أن يتوب الكاذب، ويصدق الصادق.

---

(١) في (ظ): (الوقف).

(٢) قوله: (أصلًا) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

(٣) في (أ) و(ي) و(ظ): (تجمع).

(٤) في (أ) و(ظ): (بالزاء).

(٥) انظر: (٧/ ٤٣١).

(٦) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٣٢٩).

وأما قول القرعة، ففي جريانه وجهان، منقولان في الكتاب وغيره[1]:

أحدهما: يجري، كما في بينتي المال.

وأصحهما ـ وهو الجواب في «التهذيب»[2] ـ: المنع، كما لا تجري القرعة في التي أنكحها ولياها، وفيما إذا طلق إحدى زوجتيه، ومات قبل البيان[3].

الثانية: أقر صاحب اليد لأحدهما بعد ما أقاما البينتين: إن قلنا بالتساقط: قُبل إقراره، وحُكم به. وإن قلنا بالاستعمال، فوجهان:

أحدهما: أن المقرّ له يصير كصاحب اليد، حتى تُرجّح بينته.

والثاني: لا؛ لأن يده بعد البينة مستحقة الإزالة، فلا تأثير لها[4]، ولا اعتبار بإقرار صاحبها.

وإن أقرّ قبل تمام البينتين: قُبل إقراره، وصار المقر له صاحب اليد. والوجهان في الكتاب، وإن كانا مطلقين.

لكن قوله: (فهل ينزل إقراره منزلة اليد، حتى تترجّح البينة؟)، يفهم: أنهما مفرعان على قول الاستعمال.

وأما على قول التساقط: فلا نقول: الإقرار يرجح البينة بحال، ولكن كأنهما لم يقيما بينة، فيقضى بموجب الإقرار[5]. والله أعلم.

---

(١) قوله: (وغيره) ليس في (ز).

(٢) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٣٢٩).

(٣) قوله: (قبل البيان) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

(٤) قوله: (فلا تأثير لها) ليس في (ز).

(٥) في (أ): (إقراره).

قال:

(الحالةُ الثانية: أن يكونَ في يدِهما، ولا يخفى إن كانَ لكلِّ واحدٍ بيِّنة، أنه تَجري الأقوال، ولكن إذا قلنا: بالتهاتر، فهاهنا تَبقى الدارُ في أيديهما[١]، وإن لم تكُن بيِّنة، فكلُّ واحدٍ مدعٍ في النِّصفِ ومدَّعى عليه في النِّصف، فيحلفُ كلُّ واحدٍ على نفيِ ما يدَّعيه صاحبُه، ولا يلزمُه التَّعرُّضُ للإثبات، بخلافِ التَّحالفِ في البيع؛ إذ النِّصف هاهنا يَتميَّزُ عن النِّصف، وثَمّ لا يَتميَّزُ المُدَّعي عن المدَّعى عليه. وقيلَ في وجوبِ الجمعِ بينَ النَّفيِ والإثبات: في المسألتَينِ قولان بالنَّقل والتَّخريج، ثم إن حلفَ الأولُ على النَّفي، ونكلَ[٢] الثاني، تُرَدُّ[٣] عليه اليمين، فيَحلِفُ على الإثبات. وإن نكلَ الأولُ الذي بدأ به القاضي تحكيماً أو بالقُرعة، اجتمعَ على الثّاني يمينُ النفي للنِّصفِ الذي في يدِه ويمينُ الإثباتِ للنِّصف الذي في يدِ شريكه، فيكفيه يمينٌ واحدةٌ تجمعُ بين النفي والإثبات، وقيل: لا بدَّ من يمينَين).

تكلمنا فيما إذا ادعى اثنان عيناً في يد ثالث.

فأما إذا كانت في يدهما، وادعاها كل واحدٍ منهما، فإن أقام كل واحدٍ منهما بينةً: قالت طائفة من الأصحاب ـ منهم الفوراني، وصاحب الكتاب ـ: يجري فيه

---

(١) في (ظ): (واحد منه بينة).

(٢) في (أ) و(ي): (فنكل).

(٣) في (أ) و(ي): (رد).

قول التساقط، والاستعمال: إن قلنا بالتساقط، والتهاتر: فيبقى المال في أيديهما، كما كان. وإن قلنا بالاستعمال: فعلى قول القسمة يجعل بينهما ملكاً.

قال الفوراني: ولا يجيء قول الوقف؛ إذْ لا معنى للتوقف[١] مع ثبوت اليد، وحكى وجهين في مجيء[٢] قول القرعة.

وقال آخرون ـ منهم ابن الصباغ، وصاحب «التهذيب»[٣] ـ: إذا أقام البينة، يجعل المال بينهما؛ لأن بينة كل واحدٍ منهما ترجحت في النصف الذي هو صاحب يد فيها[٤]، كأن هؤلاء امتنعوا من إجراء الأقوال، وقالوا: موضع الأقوال ما إذا خلت البينتان على الترجيح، واليد من أسباب الترجيح.

والحاصل للفتوى على الطريقين معاً: إبقاء المال في أيديهما، كما كان.

وليكن الطريقان[٥] معاً: فيما إذا شهد شهود كل واحد منهما: «بأن جميع المال له».

فأما إذا شهد شهود كل واحدٍ[٦] منهما بالنصف الذي في يد صاحبه، فالبينتان لم تتواردا على شيء واحدٍ، حتى تجيء أقوال التعارض، ولا يد للمدعي في المشهود به، حتى يرجح جانبه.

ولكن يحكم القاضي «لزيد بما كان في يد عمرو، ولعمرو بما كان في يد زيدٍ»،

---

(١) في (ظ): (التوقف، إذْ لا معنى للوقف).

(٢) في (ظ): (محل).

(٣) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٣٢٣).

(٤) في (ي): (باليد فيه).

(٥) في (أ) و(ي): (ولكن الطريقتان).

(٦) من قوله: (منهما بأن جميع المال) إلى هنا ليس في (ظ).

ويكون المال[1] في يدهما أيضاً، كما كان، ولكن لا بجهة التساقط، ولا بجهة الترجيح باليد.

ثم قال الأئمة: من أقام البينة أولاً، وتعرض شهوده للكل، لم تضر، وإن كان صاحب يد في النصف، وقلنا: إن بينة صاحب اليد لا تسمع ابتداء ـ على ما سيأتي الخلاف فيه ـ؛ لأنه مستغنى هناك عن البينة، وهاهنا لا يستغنى عن البينة للنصف الذي يدعيه.

ثم إذا أقام الثاني البينة على الكل، سُمعت، وترجحت بينته في النصف الذي هو في يده، فيحتاج الأول إلى إعادة البينة للنصف الذي هو في يده.

وقال في «الوسيط»[2]: لا يبعد أن يتساهل في الإعادة.

وإن كان لأحد المدعيين بينة دون الآخر، فيقضى له بالكل، وشهوده قد يشهدون بالنصف الذي في يد صاحبه، وقد يشهدون بالكل، ولا يضر[3] كونه صاحب يد في النصف على ما تبين.

وإن لم يكن لواحدٍ منهما بينة، فكل واحد مدعٍ في النصف، مدعى عليه في النصف، فيحلف كل واحد منهما على نفي ما يدعيه الآخر، ولم يتعرض واحد منهما في يمينه لإثبات ما في يده، بل يقتصر على «أنه لا حق لصاحبه فيما في يده»، نص عليه.

وذكرنا في باب التحالف في البيع[4]، أن ظاهر النص: أن كل واحدٍ منهما في التحالف، يجمع بين النفي والإثبات، وبينا أن للأصحاب فيهما طريقين:

---

(١) قوله: (المال) ليس في (أ).

(٢) انظر: (٧/ ٤٣٦).

(٣) في (أ): (ولا يصير).

(٤) انظر: «الوجيز» (١/ ١٥٣)، وما سلف (٦/ ٣٩٧) وما بعدها.

أصحهما: تقرير النصفين؛ لأن النصف الذي ينفيه كل واحد منهما، يتميز عن النصف الذي يثبته، وهناك العقد واحد، والنزاع في صفته، فكانت الدعوى واحدة، ولا يتميز المدعي عن المدعى عليه.

والثاني: أنهما غير مقرين[1] بحالتهما.

ولكن يخرج من نصه في هذه المسألة قولٌ في التحالف، وفي التخريج من التحالف اختلاف لأصحاب الطريقة الثانية: فإن قلنا يخرج، حصل فيهما قولان بالنقل والتخريج، على ما ذكره في الكتاب، وكل ذلك قد أوضحناه في باب التحالف.

وإذا قلنا بالأصح: فإن حلفا، أو نكلا، ترك المدعى في يديهما كما كان. وإن حلف أحدهما دون الآخر، قضي للحالف بالكل. ثم إن حلف الذي بدأ القاضي بتحليفه، ونكل الآخر بعده، فيحلف الأول اليمين المردودة. وإن نكل الأول، ورغب الثاني في اليمين، فقد اجتمع عليه يمين النفي للنصف الذي ادعاه صاحبه، ويمين الإثبات للنصف الذي ادعاه هو، فيكفيه الآن يمين واحدة يجمع فيها بين النفي والإثبات؛ لأن كلاًّ منهما قد دخل وقته، أم لا بد من يمينٍ للنفي، وأخرى للإثبات؟ فيه وجهان: لفظ الكتاب[2] يشعر بترجيح أولهما، وهو الذي أورده أبو الفرج الزاز، وحينئذ فيحلف «أن الجميع له، لا حق لصاحبه فيه»، أو يقول: «لا حقّ له في النصف الذي يدعيه، والنصف الآخر لي».

وقوله في الكتاب ـ في خلال الكلام الذي بدأ به القاضي ـ: (تحكيماً أو بالقرعة)، المراد بالتحكيم، رأي القاضي واجتهاده.

---

(١) في (ج) و(ز): (مقررين).

(٢) انظر: «الوجيز» (٢/ ٢٦٧).

وظاهر اللفظ: تخيير القاضي بين أن يقرع، وبين أن يعمل بما يعنّ له ولا يقرع، وبه يشعر لفظه في «الوسيط»[١]، فإنه قال: «يبدأ القاضي بمن يراه، أو بالقرعة».

ويمكن أن يحمل ذلك على وجهين ذكرناهما في باب التحالف ـ تفريعاً على أنه لا يبدأ بالبائع، ولا بالمشتري، بل يتساويان ـ:

أحدهما: أن القاضي يتخير، فيقدم من يراه.

والثاني: المعتبر القرعة.

ويجوز أن يقال: كل واحدٍ منهما مدعٍ ومدّعى عليه هاهنا، فينبغي أن ينظر إلى السبق، فمن سبق بدعواه، بدأ بتحليف صاحبه.

فروع:

الأول: ادعى رجل نصف دار، والآخر كلها، وأقام كل واحدٍ منهما بينته، والدار في يد الثالث، فالبينتان متعارضتان في النصف: فإن قلنا: بالتهاتر، فهما ساقطتان في النصف الذي فيه التعارض. وأما النصف الآخر: فعن ابن سريج وأبي إسحاق وغيرهما: أنه على قولي[٢] تبعيض الشهادة: فإن لم نبعضها، بطلت في ذلك النصف أيضاً، وصار كما لو لم[٣] يكن لواحد منهما بينة. وإن بعضناها سلم النصف، لمدعي الكلّ.

وامتنع الشيخ أبو حامد من تخريجه على ذلك الخلاف، وقال: موضع الخلاف ما إذا كان الرد في البعض لتهمة من عداوة وغيرها.

---

(١) «الوسيط» للغزالي (٧/ ٤٣٦).

(٢) في (أ) و(ي) و(ظ): (على قولين في).

(٣) قوله: (لم) ليس في (ز).

فأما إذا كان الرد في البعض، بسبب التعارض، فما ينبغي أن يتأثر به الثاني. ألا ترى أنا إذا قلنا بالقسمة عند التعارض، ترد كل بينةٍ في بعض ما شهدت به، ولا يخرج الثاني على ذلك الخلاف. وهذا أصح عند الشيخ أبي علي.

وإن قلنا بالاستعمال: فيسلم النصف لمدعى الكل، ويقسم النصف الآخر إن قلنا بالقسمة، فيكون لمدعي الكل ثلاثة أرباعها.

وإن قلنا بالقرعة، فيقرع للنصف. وإن قلنا بالوقف، فيوقف.

ولو أنهما تداعيا كذلك، والدار في يدهما، فالقول قول مدعي النصف في النصف الذي في يده. فإن أقام مدعي الكل بينة، قضي له بالكل. وإن أقام كل واحد بينة على ما يدعيه، بقيت الدار في يدهما كما كانت.

وليكن[1] التصوير فيما إذا أقام مدعي الكل أولًا؛ لأن الآخر لا يدعي إلا النصف، وهو صاحب يدٍ فيه، وسيأتي أن صاحب اليد: لا يحتاج إلى البينة في الابتداء، على اختلافٍ فيه.

فإذا أقامها، أقام مدعي النصف بينته، فترجح باليد.

ولا يضرُّ تعرض شهود مدعي الكل للكل، وإن كان مستغنياً عن البينة في النصف الذي في يده؛ لما تقدم.

ولو اقتصروا على «أن النصف الذي في يد صاحبه له» حصل الغرض أيضاً.

ولو ادعى أحدُ المدعيين الثلث، والآخر الكل، فإن كانت الدار في يد ثالث: فعلى قول التهاتر: يتساقطان في الثلث. وهل تبطل بينة الكل في الثلثين؟ فيه ما سبق من التخريج، على الخلاف في تبعيض الشهادة.

---

(١) في (أ) و(ي) و(ظ): (لكن).

وإن استعملناه: فعلى قول القسمة، يحصل لمدعي الكل خمسة أسداسها. ولا يخفى القولان الآخران.

وإن كانت الدار في يدهما، وأقام كلّ واحد بينة، فتترجح بينة[1] مدعي[2] الثلث في الثلث، ويكون الباقي لمدعي الكل. والله أعلم.

الثاني: دار في يد إنسان، ادعى زيد نصفها، فصدقه، وعمرو نصفها، فكذبه صاحب اليد، وزيد معاً، ولم يدعه واحد منهما لنفسه:

فالنصف الذي يدعيه المكذب: يسلم إليه، أو يوقف في يد صاحب اليد، أو ينتزعه القاضي ويحفظه إلى ظهور مالكه؟ فيه ثلاثة أوجه حكاها الفوراني[3].

الثالث: ادعى واحد داراً، وآخر ثلثيها، وثالث نصفها، ورابع ثلثها، والدار في يد خامس، وأقام كل واحد من الأربعة بينة، فلا تعارض في الثلث الذي يختص مدعي الكل بدعواه، وفي الباقي يقع التعارض، وفي السدس الزائد على النصف، تتعارض بينة مدعي الكل، ومدعي الثلثين، وفي السدس الزائد على الثلث[4] تتعارض[5] بينتهما وبينة مدعي النصف، وفي الثلث الباقي تتعارض بينات الأربعة.

فإن قلنا بالتهاتر: سقطت البينات في الثلثين، وفي الثلث يعود الكلام في تبعيض الشهادة، والظاهر: أنه يسلم لمدعي الكل.

---

(١) قوله: (فتترجح بينة) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

(٢) في (ي): (لمدعي).

(٣) قال النووي في «الروضة» (١٢/ ٥٥): «أقواها الثالث. والله أعلم». وانظر هامش (٨) «العزيز» (١٣/ ٢٢٧).

(٤) في (ز): (الثلاث).

(٥) قوله: (تتعارض) ليس في (ظ).

فإن قلنا بالاستعمال: فإن قسمنا، فالسدس الزائد على النصف لمدعي الكل، ومدعي الثلثين بالسوية، والسدس الزائد على الثلث لهما.

ولمدعي النصف أثلاثاً، والثلث الباقي للأربعة أرباعاً، فتجعل الدار ستة وثلاثين سهماً؛ لحاجتنا إلى عدد ينقسم سدسه على اثنين وعلى ثلاثة، فتضرب اثنين في ستة، ثم في ثلاثة، لمدعي الكل ثلثها اثنا عشر، ونصف السدس الزائد على النصف ثلاثة، وثلث السدس الزائد على الثلث اثنان، وربع الثلث الباقي، وهو ثلاثة، فالمبلغ عشرون، وهي خمسة أتساع الدار.

ولمدعي الثلثين ثلاثة أسهم من السدس الزائد على النصف، وسهمان من السدس الزائد على الثلث، وثلاثة من الثلث الباقي، فالمبلغ ثمانية، وهي تُسْعَا الدار.

ولمدعي النصف سهمان من السدس الزائد على الثلث، وثلاثة من الثلث الباقي، فالمبلغ[1] خمسة، وهي تسعٌ، وربعُ تسعٍ، ولمدعي الثلث ثلاثة من الثلث الباقي، لا غير.

وإن قلنا بالقرعة: فيقرع ثلاث مرات، مرةٌ في السدس الزائد على النصف بين مدعي الكل، ومدعي الثلثين، وأخرى في السدس الزائد على الثلث بينهما، وبين مدعي النصف، وأخرى في الثلث بين الأربعة.

وإن قلنا بالوقف: توقفنا.

وإن كانت الدار في يد المتداعين الأربعة، وأقام كلّ واحدٍ بينة: جعلت الدار بينهم أرباعاً؛ لأن بينة كلّ واحدٍ ترجح في الربع الذي في يده باليد.

(١) من قوله: (ثمانية وهي تُسعا الدار) إلى هنا ليس في (ي) و(ظ).

وإن لم تكن بينة: فالقول قول كلّ واحدٍ منهم في الربع الذي في يده، فإذا حلفوا كانت بينهم أرباعاً أيضاً.

الرابع: دار في يد ثلاثة، ادعى أحدهم نصفها، والثاني ثلثها، والثالث سدسها، ولا بينة، تجعل بينهم أثلاثاً. نصّ عليه في «المختصر»[1].

واعترض عليه بأن مدعي السدس، لا يدعي إلا السدس، فكيف يجعل له الثلث؟

وأجاب الأصحاب: بأن صورة مسألة النص: ما إذا كان يدعي كل واحدٍ منهم استحقاق اليد في جميعها، إلا أن يكون[2] الأول يقول: «النصف ملكي، والنصف الآخر لفلان الغائب، وهو في يدي عارية» أو «وديعة». والآخران يقولان نحو ذلك، فكل واحدٍ منهم يجعل صاحب يدٍ[3] في الثلث، وتبقى الدار في أيديهم كما كانت، ثم يجعل بعض الثلث الذي هو في يد مدعي السدس لذلك الغائب بحكم الإقرار.

فأما إذا اقتصر كل واحدٍ منهم على «أن لي منها كذا»، فلا يجعل لمدعي السدس إلا السدس، ولا يتحقق بينهم ـ والحالة هذه ـ تنازعٌ وتناكر.

وهذا التصوير وإن أزاح الاعتراض المذكور، ففيه إشكالٌ آخر، وذلك أن مدعي النصف، ومدعي الثلث، ليس في يدهما إلا ما يدعيانه.

فقولهما: «إن الباقي لفلان الغائب»، ليس إقراراً، ولكنه دعوى للغائب، فيحتاج إلى الوكالة من جهته، فإذا لم يتعرضا للوكالة، أو لم يثبتاها، أشبه أن يقال: الحكم كما لو اقتصر كلّ واحدٍ منهما على «أنّ لي كذا».

---

(١) انظر: «المختصر» ص٣١٥، وانظر: هامش (١) بـ«العزيز» (١٣/ ٢٢٩).

(٢) قوله: (يكون) ليس في (ز).

(٣) في (أ): (اليد).

ولو أقام كلّ واحدٍ منهم بينة على ما يدعيه لنفسه، فيحكم لمدعي الثلث بالثلث؛ لأن فيه بينةً ويداً، ولمدعي السدس بالسدس؛ لمثل ذلك.

وبماذا يحكم لمدعي النصف؟ فيه وجهان:

أحدهما: النصف؛ لأن له في[1] الثلث يداً وبينةً، وفي السدس الباقي بينةً، والآخران لا يدعيانه.

والثاني: يحكم له بالثلث، ونصف السدس؛ لأن السدس الزائد على ما في يده، لا يدعيه على مدعي السدس خاصة، إنما يدعيه شائعاً في بقية الدار، وهي في يدهما جميعاً، ولذلك يستحلفهما لو لم تكن بينة.

وإذا كان السدس مدعى على الشيوع:

فنصفه المدعى على مدعي الثلث، عارضت فيه بينته بينة مدعي النصف، وترجحت باليد.

ونصفه المدعى على مدعي السدس، يحكم به لمدعي النصف، ببينته؛ لأن بينة مدعي السدس لا تعارضها، فيحصل[2] لمدعي النصف: ثلث ونصف سدس، ولمدعي الثلث: سدس[3].

والناقلون يقولون: ولمدعي السدس: سدس ونصف.

واللائق بالتصوير المذكور، أن يقال: ويبقى في يد مدعي السدس: سدس ونصف، وهذا الوجه الثاني قريبٌ من الطبع.

---

(١) في (ز): (فيه).

(٢) في (أ): (فيجعل).

(٣) في (أ) و(ي) و(ظ): (ثلث).

لكن بالأول أجاب القاضي ابن كج، وهو المحكي عن القفال، وذكر الروياني: أنه المذهب.

وأجرى أبو الفرج الزاز: الوجهين، في أن المدعى في السدس الزائد على مدعي السدس وحده[1]، أو عليهما جميعاً.

واعلم أن مدعي الثلث، ومدعي السدس: لا يحتاجان إلى إقامة البينة في الابتداء، لكن مدعي النصف يحتاج إلى إقامة البينة للسدس الزائد على ما في يده.

فلتصور إقامة البينة من جهتهم، فيما إذا أقام مدعي النصف أولاً، ثم أقام الآخران، على نحو ما ذكرنا في الفرع الأول.

وإنه يجوز أن يفرض من مدعي السدس، إقامة البينة على السدس للغائب، مع إقامة البينة على أن السدس له، بناء على أن المدعى عليه إذا أقر بها في يده لغائب، يجوز له إقامة البينة على أنه للغائب، وقد بيناه من قبل.

الخامس: دارٌ في يد ثلاثة، ادعى أحدهم كلها، والثاني: نصفها، والثالث: ثلثها، وأقام كل واحد من الأوّلَين البينة على ما ادعى دون الثالث: فلمدعي الكل: الثلث، بالبينة، واليد. ولمدعي النصف كذلك. ولمدعي الكل: نصف ما في يد الثالث أيضاً، ببينته السليمة عن المعارض. وفي النصف الآخر، تتعارض بينته، وبينة مدعي النصف:

فإن قلنا بالتساقط: فالقول قول الثالث في السدس، وفي بطلان البينتين فيما عدا السدس بناء على تبعيض الشهادة، ما مرّ.

وإن قلنا بالاستعمال: لم يخف التوقف، والإقراع.

وإن قلنا بالقسمة: قسم بينهما، فيحصل لمدعي الكلّ: نصفٌ ونصف سدس، ولمدعي النصف: ثلث ونصف سدس. هكذا أورد المسألة الشيخ أبو علي، وغيره.

---

(١) في (ظ): (لا يحتاج).

وقد يقال: مدعي النصف: لا يدعي السدس الزائد على ما في يده على الثالث خاصة، لكن يدعيه شائعاً على الآخرين معاً:

فنصف السدس الذي يدعيه كل مدعي الكل: يندفع ببينة مدعي الكل ويده.

والنصف الآخر الذي يدعيه على الثالث: هو الذي يقع فيه التعارض، وهو الذي ينبغي أن يقسم إذا قلنا بالقسمة.

والباقي مما في يد الثالث، وهو الرُّبع: يسلم لمدعي الكل ببينته.

وعلى هذا، فالحاصل:

لمدعي الكلّ: ثلث وربعٌ، وربعُ سدسٍ. ولمدعي النصف الباقي.

قال رحمه الله:

(أما إذا وُجد الترجيح، فمداركُ التَّرجيح ثلاثة:

المَدركُ[1] الأول: قوّةُ الحُجّة، فيُقدَّمُ شاهدانِ على شاهدٍ ويمين؛ في أصحّ القولين، فلو اقترنَت[2] اليدُ بالحُجّةِ الضعيفة، فوجهان: أحدهما: أن اليدَ أولى. والثاني: أنهما[3] يتعادلان، أما إذا كانَ شهودُ أحدِهما أكثر، أو أعدَل، فلا ترجيحَ فيه ـ في القولِ الجديدِ ـ أصلاً، بخلافِ الرِّواية، وكذلك[4] لا يُرجَّحُ رجلانِ على رجلٍ وامرأتَين).

القسم الثاني: إذا تعارضت البينتان، وهناك ما يرجح إحداهما، فيعمل بالراجحة. وللترجيح أسبابٌ:

---

(١) قوله: (المدرك) ليس في (ز).

(٢) في (أ): (اقترن بالحجة).

(٣) في (أ): (لا).

(٤) في (أ) و(ي) و(ظ): (كذا).

منها: أن تختص إحدى البينتين بمزيد قوة، وفيه صور:

إحداها[١]: لو أقام أحدهما شاهدين، والآخر شاهداً، وحلف معه فقولان:

أحدهما: أنهما يتعادلان؛ لأن كل واحدٍ منهما حجة كافية في المال.

وأصحهما ـ على ما ذكر الإمام[٢]، وصاحب الكتاب ـ: يرجح الشاهدان؛ لأن شهادة الشاهدين حجة بالإجماع، والشاهد واليمين مختلف فيه.

وأيضاً: فالذي يحلف مع شاهده يصدق نفسه، والذي يقيم شاهدين يصدقه غيره، فهو أقوى جانباً، وأبعدُ عن التهمة.

وعلى هذا، فلو كانت اليد مع صاحب الشاهد واليمين، فوجهان:

أحدهما: أن اليد وقوة الحجة الأخرى يتقابلان، ويتدافعان، ويتعادل الجانبان[٣].

وأشبههما: أن جانب صاحب[٤] اليد يرجح؛ لاعتضاده باليد المحسوسة. هكذا نقل الإمام[٥]، وصاحب الكتاب.

وحكى في «التهذيب»[٦] الخلافَ في المسألة قولين، ولم يحك التعادل، ولكن قال:

أحد القولين: ترجيح صاحب اليد.

والثاني: ترجيح الآخر؛ لقوة حجته.

---

(١) قوله: (إحداها) ليس في (أ).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ١٠٧).

(٣) قوله: (ويتدافعان ويتعادل الجانبان) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

(٤) قوله: (وأشبههما أن جانب صاحب) ليس في (ظ).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ١٠٨).

(٦) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٣٢١).

قال: ويمكن بناء القولين على أن صاحب اليد، هل يحلف مع البينة، أم لا؟ وسيأتي الخلاف فيه: إن قلنا: يحلف، فيمينه كشاهد آخر، فيرجح جانبه باليد.

وإن قلنا: لا يحلف، فيرجح جانب الآخر؛ لأن جانب صاحب اليد على هذا، إنما يرجح إذا انضمت اليمين إلى البينة الكاملة.

الثانية: لو زاد عدد الشهود في أحد الجانبين، فنصّه رضي الله عنه في «المختصر»[1]: أنه لا ترجيح. وعن القديم[2]: تمثيل قولٍ[3] فيه[4].

وللأصحاب طريقان[5]:

أشهرهما ـ وهو المذكور في الكتاب[6] ـ: أن المسألة على قولين:

الجديد: أنه لا ترجيح؛ لكمال الحجة من الطرفين.

والقديم ـ ويحكى عن مالك رحمه الله ـ: أنه يرجح جانب من زاد عدد شهوده؛ لأن القلب[7] إلى قولهم أميل.

---

(١) انظر: ص٣١٥.

(٢) قوله: (القديم) ليس في (أ).

(٣) في (ي): (يميل)، وفي (ظ): (بمثل قوله).

(٤) ورد بهامش (٢) «العزيز» (١٣/ ٢٣٢): «قد رجح النووي طريقة القطع، وهذا خلاف ما رجحه الرافعي فإنه قال: وللأصحاب طريقان أشهرهما أنه على قولين، والثاني: القطع بالأول، وحمل ما نقل عن القديم على حكاية مذهب الغير. انتهى. وما فعله النووي هو الصواب الذي عليه الجمهور كما قاله الماوردي». انظر: «الروضة» (١٢/ ٥٨)، و«الحاوي» (٢١/ ٣٣١).

(٥) في (ي): (فيه طريقتان).

(٦) انظر: «الوجيز» (٢/ ٢٦٧).

(٧) في (ي): (الغلبة).

والثاني: القطع بالقول الأول، وحمل ما نقل عن القديم على حكاية مذهب الغير.

ولو اختصّت إحدى البينتين بزيادة ورَعٍ أو فِقْهٍ، جرى الطريقان. قال في «الوسيط»[١]: وعلى هذا الخلاف: لو كان في أحد الجانبين شهادة أحَد الخلفاء الأربعة رضي الله عنهم.

وفي الرواية: يثبت الرجحان بهذه الأمور.

وفرقوا: بأن للشهادة نصاباً مقدراً، فيتبع، وليس للرواية ضبط، فيعمل بأغلب الظنين. ومنهم من ألحق الرواية بالشهادة. والظاهر: الأول.

الثالثة: لو أقام أحدهما رجلين، والآخر رجلاً وامرأتين: فالمشهور: أنه لا ترجيح؛ لقيام الحجة بكل واحدٍ منهما بالاتفاق.

وعن الماسرجسي رواية قول آخر: وهو ترجيح الرجلين، لزيادة الوثوق[٢] بقولهما، ولذلك[٣] يثبت بقول رجلين، ما لا يثبت بقول رجل وامرأتين. ونقل الفوراني: مثل ذلك أيضاً.

ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب: (ولا ترجيح به) بالميم.

وقوله: (في القول الجديد) بالواو؛ لطريقة من نفى الخلاف.

وقوله: (بخلاف الرواية) بالواو؛ للوجه المذكور فيها.

وقوله: (وكذا لا يرجح رجلان على رجل وامرأتين)، أراد على أحد القولين، على ما بينه في «الوسيط»[٤]، ولم يرد القطع بعدم الترجيح.

---

(١) انظر: «الوسيط» للغزالي (٧/ ٤٣٦).

(٢) في (أ): (الوقوف).

(٣) في (ظ): (كذلك).

(٤) انظر (٧/ ٤٤٣).

قال:

(المَدركُ الثاني: اليد[١]، فتُقدَّمُ بيِّنةُ الداخلِ على بيِّنةِ الخارج، ولكن إذا أقامَها بعدَ بيِّنةِ الخارجِ، ولو أرادَ إقامتَها قبلَ دعوى مدَّعي التسجيلِ لم يَجُز. ولو أقامَ بعدَ الدَّعوى لإسقاطِ اليمين، فالظاهر: أنه لا يجوز، ولو أقامَ بعدَ بيِّنةِ الخارج وقبلَ التَّعديلِ فوجهان. أما إذا أقامَ بعدَ إزالةِ يدِه بيِّنةَ الخارجِ، أو ادّعى مُلكاً سابقاً، فهل تُقدَّمُ بسببِ يدِه التي سَبقِ القضاءِ بإزالِتها؟ فيه وجهان. ولو أقامَ بعدَ القضاء، وقبلَ التَّسليم، فوجهان مُرتَّبان، وأولى بأن تُقَدَّم، ثم إذا قَدَّمنا بيِّنَةَ الدّاخل، فهل يَحتاجُ إلى أن يَحلِفَ معه؟ فيه وجهان، وقيل: إنه لا يُستعمَلُ بيِّنتُه إلا في إسقاطِ بيِّنةِ الخارج، فتَبقى عليه اليمينُ كما كانت).

ومن أسباب الترجيح: اليد، فإذا ادعى عيناً في يد غيره وأقام البينة على أنها ملكه، وأقام صاحب اليد البينة على أنها ملكه[٢]، تُسمع بينته، وترجّح على بينة الخارج، وبه قال مالك[٣].

وقال أبو حنيفة[٤]: لا تسمع بينة صاحب اليد، ولا يحكم بها إلا في ثلاث صور:

---

(١) قوله: (اليد) ليس في (ز).

(٢) قوله: (وأقام صاحب اليد البينة على أنها ملكه) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

(٣) انظر: «المدونة الكبرى» (٤/ ٤٥).

(٤) انظر: «الهداية» (٣/ ١٥٧).

إحداها: دعوى النتاج، وهو أن يتنازعا دابة، وأقام كل واحد بينة على «أنها ملكه وهو نتجها».

والثانية: أن يتنازعا ثوباً لا ينسج إلا مرة واحدة، وأقام كل واحد منهما بينة، «أنه ملكه هو نسجه»، ومن المنسوجات ما ينسج أكثر من مرة، كالخز والنسيج.

والثالثة: أن يسند الملك إلى شخص واحدٍ، بأن أقام كل واحد منهما البينة على «أنه اشترى من زيد» أو «اتهب»، ففي هذه الصور[١]، ساعدنا على أنه تُسمع بينة الداخل، ويحكم بها.

وعن أحمد ثلاث روايات:

إحداها: كمذهبنا.

والأخرى: كمذهب أبي حنيفة، إلا أنه لم يفرق في بينة النسج، بين ما لا ينسج إلا مرة، وبين غيره.

وأظهرها[٢]: أنه لا تسمع بينة الداخل، ولا يحكم بها على الإطلاق.

واحتجّ الأصحاب على أبي حنيفة: بالقياس على ما سلمه، وبأنهما تساويا في البينة، وانفرد صاحب اليد باليد، فيحكم له، كما لو انفرد باليد، ولا بينة.

وعلى أحمد بما روي: أن رجلين تداعيا دابة، وأقام كل منهما بينة «أنها دابته، نتجها»، فقضى بها رسول الله ﷺ «للذي هي في يده»[٣].

---

(١) في (أ): (الصورة)، وفي (ظ): (فهذه الصورة).

(٢) في (أ) و(ي) و(ظ): (أظهرهما).

(٣) الحديث، قال عنه الحافظ ابن حجر في «التلخيص» (٤/ ٢١٠) «حديث «أن رجلين تداعيا دابة... إلخ»: الدارقطني والبيهقي من حديث جابر، وإسناده ضعيف».

وهل يشترط في سماع بينة الداخل، أن يبين سبب الملك، من شراء أو إرث أو غيرهما؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنهم ربما اعتمدوا ظاهر اليد.

وأصحهما: أنها تسمع وإن كانت مطلقة، كبينةِ الخارج فإنها تقبل مطلقة مع احتمال أن الشهود اعتمدوا يداً سابقة.

ولا فرق في ترجيح بينة الداخل بين[1] أن يبين الخارج والداخل سبب الملك، وبين أن يطلقا. وكذا لا فرق بين إسناد البينتين، وإطلاقهما، إذا سمعنا بينة الداخل مع الإطلاق.

وإذا وقع التعرضُ للسبب، فلا فرق أن يتفق السببان أو يختلفا.

ولا بين أن يسند الملك إلى شخص واحدٍ بأن يقول: «هذا اشتريته من زيد، وهذا مثل ذلك».

أو تقول المرأة ـ وهي أحد المتداعيين ـ: «أصدقنيه زوجي»، ويقول خصمها: «اشتريته من زوجك».

وبين أن يسنده أحدهما إلى شخص، والآخر إلى آخر.

وحكى الفوراني وجهاً: أنه إذا أقام كل واحدٍ منهما البينة على الانتقال من شخص معين يتساويان؛ لأنهما اتفقا على أن اليد كانت لثالث، وكل واحدٍ منهما يزعم الانتقال إليه.

ثم في الفصل مسألتان:

إحداهما: في أن بينة الداخل متى تسمع؟ ولها أحوال:

---

(١) قوله: (بين) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

إحداها: أن يقيمها قبل أن يُدّعى عليه شيءٌ، فظاهر المذهب: أنها لا تُسمع، فإن الحجة إنما تقام على خصم[١]، فإذا لم يكن خصم، فلا حاجة إلى الحجة.

وفيه وجه: أنها تسمع؛ لغرض التسجيل.

والثانية: أن يقيمها بعد الدعوى[٢]، وقبل: أن يقيم المدعي البينة، فإن سمعنا في الحالة الأولى، فهاهنا أولى، وإلا فوجهان:

أظهرهما: أنها لا تسمع أيضاً؛ لأن الأصل في جانبه اليمين، فلا معدل[٣] عنها ما دامت مكتفى بها.

وعن ابن سريج: أنها تسمع؛ ليسقط اليمين عن نفسه، كالمودع تسمع البينة منه على الرد، والتلف، وإن كانت يمينه كافية.

الثالثة: أن يقيمها بعد أن أقام الخارج البينة، ولكن قبل أن يعدل، فإن سمعنا في الحالة الثانية، فهاهنا أولى، وإلا فوجهان:

أحدهما: لا تسمع؛ لأنه مستغنٍ عنها بعد.

وأصحهما: أنها تسمع، ويحكم بها؛ لأن يده بعد إقامة البينة مشرفة على الزوال، فتمس الحاجة إلى تأكيدها، ودفع الطاعن فيها[٤].

الرابعة: إذا أقامها بعد بينة المدعي، وتعديلها، فقد أقامها في أوان إقامتها.

---

(١) في (ي): (شخص).

(٢) قوله: (بعد الدعوى) ليس في (ظ).

(٣) في (ظ): (ولا يعدل).

(٤) انظر: «الحاوي» (٢١/ ٣٢٦)، و«الوجيز» (٢/ ٢٦٧)، «الروضة» (١٢/ ٥٩)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٤٨١).

وإن لم يقمها حتى قضى القاضي للمدعي وسلم المال إليه: فإن لم يسند الملك إلى الأول، فهو الآن مدعٍ خارج. وإن ادعى ملكاً مستنداً[١] إلى ما قبل إزالة اليد، واعتذر بغيبة الشهود ونحوها، فهل تسمع بينته؟ وهل تقدم باليد المزالة بالقضاء؟ فيه وجهان:

أحدهما: المنع؛ لأن تلك اليد مقضي بزوالها، وبطلانها[٢]، فلا ينقض القضاء.

وأصحهما: أن بينته مسموعة كبينة أجنبي[٣]، حتى يقيمها بعد ما قضى القاضي للمدعي، وينقض القضاء الأول؛ لأنه إنما أزيلت اليد[٤] لعدم الحُجّة، وقد قامت الحُجّة الآن.

وإن أقام البينة بعد القضاء للمدعي، وقبل الانتزاع، والتسليم إلى المدعي، فوجهان مرتبان، وأولى بأن تسمع بينته، ويقدم جانبه؛ لبقاء اليد حساً[٥].

وإلى الوجه الآخر ذهب القاضي الحسين، فإن أبا سعدٍ الهروي قال: قال القاضي الحسين: أشكلت علي هذه المسألة نيفاً وعشرين سنة؛ لما فيها من نقض الاجتهاد بالاجتهاد، وتردد جوابي فيها، فذكرت مرة: أنه إن تأكد الحكم بالتسليم لم ينقض، وإن لم يتأكد فوجهان، ثم استقرّ رأْيِي على أنه: لا ينقض، سواء كان قبل التسليم، أو بعده.

---

(١) في (ز) و(ظ): (مسنداً).

(٢) قوله: (وبطلانها) ليس في (ي) و(ظ).

(٣) قوله: (أجنبي) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

(٤) قوله: (اليد) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

(٥) ورد بهامش (٥) بـ«العزيز» (١٣/ ٢٣٥): «ما رجحه من السماع ونقض القضاء الأول، قطع به الماوردي والقاضي أبو الطيب، وادعى فيه الإجماع، والشيخ في «المهذب» والعبادي في «الزيادات»، وعزاه في «الذخائر» للعراقيين ثم قال: وحكى الخرسانيون وجهاً أنها لا تسمع، وكذا قال ابن أبي الدم قطع به العراقيون».

المسألة الثانية: هل يحلف الداخل مع بينته ليقضى له[١]؟ فيه وجهان، أو قولان:

أصحهما ـ ويُحكى عن نصِّه رضي الله عنه في القديم ـ: أنه لا يحلف، كما لا يحلف الخارج مع البينة، وهذا ما حُكيَ عن أبي حنيفة حيث قال: يُقضى للداخل[٢].

والثاني: يحلف؛ لاحتمال أن الشهود شهدوا بظاهر اليد.

وبنوا هذا الخلاف على أن القضاء للداخل، باليد، أم بالبينة المرجحة باليد؟

أحد المأخذين: أن القضاء باليد؛ لأن البينتين إذا تعارضتا تساقطتا، وصار كأنه لا بينة، فعلى هذا لا بد من اليمين.

والثاني: أن القضاء بالبينة، وأنها ترجحت باليد، كما يترجح الدليل في الأحكام الشرعية على معارضه، وإنما تسقط البينتان إذا تعارضتا بلا ترجيح، فعلى هذا لا حاجة إلى اليمين.

وقوله في الكتاب ـ عقيب ذكر الوجهين ـ: (وقيل: إنه لا يستعمل بينته إلا في إسقاط بينة الخارج، فتبقى اليمين عليه كما كانت)، يمكن حمله على طريقة جازمة بالتحليف؛ بناءً على ما ذكر في «الوسيط»[٣]: أن الأصحاب اختلفوا في أن بينتي الداخل والخارج تتهاتران، أو تترجح بينة الداخل باليد.

وإن قلنا بالأول: فلا بد من التحليف.

وإن قلنا بالثاني: ففي التحليف وجهان، يقربان من الخلاف في التحليف، إذا قلنا بالقرعة، وترجحت إحدى البينتين بها.

---

(١) قوله: (له) ليس في (ي).

(٢) انظر: «الهداية» (٣/ ١٥٧).

(٣) انظر: (٧/ ٤٣٤-٤٣٥).

وإن قدرنا ما ذكره: توجيهاً لأحد الوجهين وهو التحليف، وتعبيراً عن مأخذ التهاتر، لا طريقة أخرى، فليقرأ (فقيل) بالفاء. والله أعلم.

قال رحمه الله:

(فرعان:

الأوّل: الداخل، إذا قامَت عليه البيِّنةُ فادّعى الشِّراءَ من المدَّعي، أو ثَبَتَ الدَّينُ فادَّعى الإبراء، فإن كانَت البيِّنةُ حاضرةً، سُمِعَت قبلَ إزالةِ اليد، وتوفيةِ الدَّين، وإن كانَت غائبةً، طُولِبَ في الوَقتِ بالتَّسليم، ثم إذا أقامَ استَرَدّ).

إذا أطلق الخارج دعوى الملك، وأقام عليه بينة، وقال الداخل: «هو ملكي، اشتريته منك»، وأقام عليه بينة[١]، فالداخل أولى؛ لأن مع شهوده[٢]، زيادة علم، وهي الانتقال الحادث.

ولأن الداخل مقدم عند إطلاقهما الدعوى والبينة، فإذا قيد كان أولى بالتقديم.

ولو قال الخارج: «هو ملكي، ورثته من أبي»، وقال الداخل: «هو ملكي، اشتريته من أبيك»، فكذلك الحكم.

ولو انعكست الصورة، فقال الخارج: «هو ملكي، اشتريته منك»، وأقام عليه بينة، وأقام الداخل بينةً على «أنه ملكه»، فالخارج أولى؛ لزيادة العلم، مع بينته.

---

(١) من قوله: (وقال الداخل) إلى هنا ليس في (ي) و(ظ).

(٢) في (ظ): (شهادته).

ولو قال كلّ واحدٍ منهما لصاحبه: «اشتريته منك»، وأقام عليه بينة، وخفي التاريخ، فصاحب اليد أولى. حكاه القاضي الروياني، وغيره. وعن أبي حنيفة[١]: مساعدتنا في هذه الصورة.

إذا عرف ذلك، ففي الصورة الأولى: وهي أن يُطلق الخارج، ويقول الداخل: «اشتريته منك»، لا تُزال يده قبل إقامة البينة.

وعن القاضي الحسين: أنها تُزال، ويؤمر بالتسليم إلى المدعي؛ لاعترافه بأنه كان له، ثم يثبت ما يدعيه من الشراء. والظاهر الأول؛ لأن البينة إذا كانت حاضرة فالتأخير[٢] إلى إقامتها سهل، فلا معنى للانتزاع، والرد.

نعم، لو زعم «أن بينته غائبةٌ»، فلا يتوقف، بل يؤمر في الحال بالتسليم، ثم إن أثبت ما يدعيه استردّ.

ويجري[٣] الخلاف فيما إذا ادعى ديناً، فقال المدعى عليه: «أبرأني»، وأراد إقامة البينة، لا يكلف توفية الدين على قول الأكثرين.

وعلى ما ذكر القاضي: يكلف، ثم إن أثبت[٤] ما يقوله: استرد. وهذا كما ذكر في أوائل كتاب الدعاوى[٥]: أنه لو قال: «أبرأني»، فحلّفوه، يحلف قبل أن يستوفي.

---

(١) انظر: «الهداية» (٣/ ١٥٧).

(٢) في (ي): (التأخر).

(٣) في (أ): (يتجرى).

(٤) في (ي): (إذا ثبت).

(٥) انظر: «الوجيز» (٢/ ٢٦١)، وما سلف ص٣٥ من هذا الجزء.

قال:

(الثاني من أقرَّ لغيرِه بمُلكٍ لم تُسمَع بعدَ دعواه، حتى يدَّعي[١] تلقيِّ المُلكِ من المُقرِّ له. ولو أخذَ منه بحجةٍ، فهل يَحتاجُ بعدَه في الدَّعوى إلى ذكرِ التَّلقّي منه؟ فيه وجهان. والأجنبيُّ لا يَحتاجُ إليه؛ إذ[٢] البيِّنةُ ليسَت حجّـةً عليه، فله دعوى المُـلكِ مطلقـاً).

من أقرّ بعينٍ لإنسان، ثم ادعاها، لم تسمع دعواه، إلا أن يذكر تلقي الملك عنه؛ وذلك لأن المقر مؤاخذٌ بإقراره في المستقبل، ألا ترى أن من أقرّ أمس، يطالب به اليوم، ولولا ذلك لم يكن في الإقرار كثير[٣] فائدة، وإذا كان كذلك فيستصحب ما أقرّ به إلى أن يثبت الانتقال.

ومن أخذت منه ببينة قامت عليه، ثم جاء يدعيها، فهل يحتاج إلى ذكر التلقي منه؟ فيه وجهان:

وجه قولنا: نعم؛ أنه صار[٤] ملزماً بتلك الحجة، فيؤاخذ بموجبها كما لو أقر.

ووجه **الثاني**: إلحاقه بالأجانب، ولا خلاف أنه لو ادعى عليه أجنبيٌّ، وأطلق تسمع.

وما الأظهر من هذين الوجهين؟ ذكر بعض أصحاب الإمام: ذهاب الأكثرين إلى أنه لا بد من ذكر التلقي.

---

(١) قوله: (يدَّعي) ليس في (أ).

(٢) في (أ): (إن).

(٣) في (ز): (كبير).

(٤) في (ظ): (صار ملكاً).

لكنا حكينا عن الأصحاب في أحوال إقامة الداخل البينة: أنه لو أقامها بعد ما انتزعت العين منه، هل تُسمع بينته؟ وهل يقضى له؟

وبينا أن الأصح: السماع، والقضاء.

وذلك الاختلاف مفروض فيما إذا أطلق دعوى الملك، ولم يذكر التلقي، فأما إذا ادعى التلقي، فلا بد وأن تسمع دعواه، وقد صرح به أبو الحسن العبادي.

وإذا كان الاختلاف في إطلاق الدعوى[1] ورجحنا وجه السماع، لزم أن يكون الراجح هاهنا: أنه لا حاجة إلى ذكر التلقي. والله أعلم.

فروع، أكثرها عن ابن سريج:

أقام الخارج بينة على «أن هذه العين ملكي، غصبها مني الداخل» أو قال: «آجرتها منه» أو «أودعتها إياه[2]»، وأقام الداخل بينة على أنها ملكُه:

فأحد الوجهين: أنه يُقضى لصاحب اليد. هذا ما صححه صاحب «التهذيب»[3].

والثاني ـ وهو المنقول عن ابن سريج ـ: أنه يُقضى للخارج، وهذا ما ارتضاه العراقيون، وبه أجاب القاضي أبو سعد الهروي[4].

ولو لم تكن بينةٌ، ونكل الداخل عن اليمين، فردت على الخارج، وحكم له، ثم جاء المدعى عليه ببينةٍ، تسمع، كما لو أقامها بعد بينة المدعي.

---

(١) قوله: (الدعوى) ليس في (ظ).

(٢) في (أ): (وأودعتها إياه).

(٣) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٣٢٢).

(٤) قوله: (الهروي) ليس في (ي) و(ز) و(ظ).

وفيه وجه[١] آخر: أنها لا تسمع؛ بناءً على أن النكول ورد اليمين، كالإقرار.

ولو تنازعا شاةً مذبوحة، في يد أحدهما رأسُها وجلدها وسواقطها، وفي يد الآخر باقيها، وأقام كل واحد منهما بينةً على «أن الشاة له»، يقضى له بما في يده.

وعند أبي حنيفة[٢]: يقضى له بما في يد صاحبه، بناءً على أنَّ بينة الخارج مقدمة.

ولو قالت كل بينةٍ: «الشاة له، نتجتْ في ملكه، وذُبِحَتْ في ملكه»، قضي لكل واحدٍ منهما بما في يده بالاتفاق؛ لأن البينة قد تعرضت للنتاج، فيقدم الداخل[٣].

ولو كانت في يد كل واحدٍ شاةٌ، فادعى كل واحدٍ: «أن الشاتين له، وأن التي في يد صاحبه نتجت من الذي في يده»، وأقاما عليه البينة، فهما متعارضتان، فلكل واحدٍ منهما التي في يده؛ لاعتضاده ببينة في يده.

وإن أقام كل واحدٍ منهما البينة على «أن التي في يد الآخر ملكه»، قضي لكل واحدٍ منهما بما في يد الآخر.

* * *

---

(١) من قوله: (كما لو أقامها) إلى هنا ليس في (ي) و(ظ).

(٢) انظر: «الهداية» (٣/ ١٦٨).

(٣) انظر: «الروضة» (١٢/ ٦١)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٤٨١).

قال رحمه الله:

(المَدركُ الثالث: اشتمالُ إحدى البيِّنتَينِ على زيادة، وهي أقسام[١]:

الأول: زيادةُ التاريخ، فإذا شَهِدَت[٢] بيِّنةٌ أنه ملكُه منذ سنةٍ، والأخرى منذ سنتَين، ففي تقديمِ السّابقِ قولان. وإن كانَت إحداهُما مطلقةً، والأخرى مقيدةً[٣] مؤرخةً، أو مُضافةً إلى سببٍ من نتاج، أو شراء، أو زراعة، فقَولانِ مُرتَّبان، وأولى بأن لا يُرجَّحَ المُقيَّد، فإن[٤] جعَلنا للسَّبقِ أثراً، فكانَ[٥] السَّبقُ في جانبٍ، واليدُ في جانب، قُدِّمَت[٦] اليدُ على وجهٍ، والسَّبقُ على وجهٍ، ويتَعادلانِ على وجهٍ).

ترجم هذا المدرك: بالزيادة في البينة، وأراد اختصاص الشهادة يتأيّد بأصلٍ، أو زيادة علم. والمدرك الأول: بقوة الحجة، وأراد اختصاص الشهود بصفة تفيد زيادة الوثوق بقولهم.

وفي ترتيب الكتاب من هاهنا إلى آخر الباب، نوع اضطراب، فإنه قال: (وهي أقسام، الأول: زيادة التاريخ).

---

(١) في (ظ): (ثلاثة أقسام).

(٢) في (أ): (شهد).

(٣) قوله: (مقيدة) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

(٤) في (أ) و(ي): (وإن).

(٥) في (أ) و(ظ): (وكان).

(٦) في (أ) و(ي) و(ظ): (قدم).

ثم قال: (الطرف الثاني: في العقود، والثالث: في الموت. والرابع[١]: في العتق، والوصية).

وزيادة التاريخ تدخل في العقود، كما تدخل في الأملاك المطلقة.

ولا ينبغي أن تدخل بعض أقسام التقسيم في بعض.

وينتظم أن يقال في أول الركن: تعارض البينتين، وقد تقع في الأملاك، وقد تقع في غيرها كالعقود والموت والوصية فهذه أطرافٌ تحتاج إلى النظر فيها.

الطرف الأول: في الأملاك، فإما أن تخلو البينتان المتعارضتان فيها عن الترجيح، أو يكون هناك ترجيح.

وللترجيح أسباب ثلاثة، ثالثها: اشتمال إحدى البينتين على زيادة التاريخ.

فينسلك المقصود من ركن البينة إلى آخر الباب، في هذا الترتيب.

وفقه الفصل: أنه إذا أرَّخت كلّ بينةٍ الملكَ بتاريخٍ، نظر: إن توافق التاريخان، فلا ترجيح.

وإن اختلفا، كما إذا قامت بينة هذا على «أنه ملكهُ منذ سنةٍ»، وبينة هذا على «أنه ملكه منذ سنتين»، ففيه طريقان:

المشهور منهما: أن في ترجيح أسبقهما تاريخاً قولين:

أحدهما ـ ويُحكى عن نصه رضي الله عنه في «البويطي» ـ: أنه لا ترجيح؛ لأن مناط الشهادة الملك في الحال، وقد استويا فيه، فأشبه ما إذا كانتا مطلقتين، أو مؤرختين بتاريخٍ واحد.

---

(١) في (أ): (والتاريخ).

وثانيهما ـ ويحكى عن رواية الربيع، وبه قال أبو حنيفة[١]، واختاره المزني ـ: أنه يُرجح أسبقهما تاريخاً؛ لأنها تثبت الملك في وقتٍ لا تُعارضُها البينة الأخرى فيه، وفي وقتٍ تعارضها الأخرى، فيتساقطان في وقت[٢] محلّ التعارض، ويثبت موجبها فيما[٣] قبل محلّ التعارض، والأصل في الثابت[٤] دوامه.

وأصح القولين: الأول عند القاضي ابن كج، وشرذمة. والثاني عند أكثرهم، منهم الشيخ أبو حامد، وسالكو طريقته، وصاحبا «المهذب»[٥] و«التهذيب»[٦] رحمهم الله وإيانا[٧].

والطريق الثاني: نقل القاضي ابن كج[٨] عن ابن سريج وابن سلمة وابن الوكيل: أنهم قطعوا بنفي الترجيح، ولم يثبتوا القول الآخر، والمثبتون للخلاف طردوه في بينتي شخصين يتنازعان في نكاح امرأة، إذا أرختا بتأريخين مختلفين.

وأيضاً: فيما إذا تعرضتا مع اختلاف التاريخ، لسبب الملك، كما إذا أقام أحدهما بينة: «أنه اشتراه من زيد منذ سنةٍ»، والآخر بينة على «أنه اشتراه من عمرو منذ سنتين».

---

(١) انظر: «الهداية» (٣/ ١٦٩).

(٢) قوله: (وقت) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

(٣) في (ظ): (موجبهما قبل).

(٤) في (ظ): (الباب).

(٥) «المهذب» للشيرازي (٣/ ٤١٤).

(٦) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٣٢٥).

(٧) قوله: (رحمهم الله وإيانا) ليس في (ز).
وانظر: «المختصر» ص٣١٦، و«الحاوي» (٢١/ ٣٩٣)، و«المهذب» (٢/ ٤٠١)، و«الروضة» (١٢/ ٦٣)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٤٨٢).

(٨) قوله: (ابن كج) ليس في (ظ).

ولو نسبا العقدين إلى شخص واحدٍ، فأقام هذا بينة[١] على «أنه اشتراه من زيد منذ سنتين»، فالسابق أولى لا محالة.

وطردوه أيضاً: فيما إذا تنازعا أرضاً مزروعة، أقام أحدهما بينة: «أنها أرضه زرعها»، والآخر بينة: «أنها ملكه مطلقاً»؛ لأن البينة التي تشهد بالزرع تثبت الملك من[٢] وقت الزراعة.

هكذا ذكر صاحب «التهذيب»[٣] تصويراً، وتوجيهاً.

وفيه ما يبين أن سبق التاريخ لا يشترط أن يكون بزمان معلوم، حتى لو قامت بينة على «أنه[٤] ملكه منذ سنة»، وأخرى[٥] على «أنه ملكه أكثر من سنة»، كان موضع الخلاف: فإن رجحنا أسبق البينتين تاريخاً، قضينا بها، ولصاحبها الأجرة، والزيادات الحادثة من يومئذ. وإن لم نرجحها، ففيها[٦] الخلاف السابق في تعارض البينتين.

وإن كانت إحدى البينتين مطلقة، والأخرى مؤرخة: فمن قطع من مختلفي التاريخ، بأنه لا ترجيح، فهاهنا أولى.

ومن أثبت الخلاف هناك، تحزبوا: فمن طارد للقولين هاهنا، يوجهُ[٧] ترجيح

---

(١) من قوله: (على أنه اشتراه) إلى هنا ليس في (ظ).

(٢) قوله: (من) ليس في (ظ).

(٣) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٣٢٥).

(٤) في (ظ): (أنها).

(٥) في (أ): (والآخر).

(٦) في (ظ): (ففيهما).

(٧) في (ي)، (ز): (موجه).

المؤرخة[١]: بأنها تثبت الملك من وقت معين، والأخرى لا تقتضي إلا إثبات الملك في الحال.

والتسوية بينهما: بأن المطلقة كما لا تقتضي الإثبات قبل الحالة الراهنة، لا تنفيه أيضاً.

ولعله لو بحث عنها، أثبت الملك قبل ذلك الوقت.

ومن قاطعٍ بالتسوية، وكيف فرض، فالظاهر التسوية هاهنا.

ثم احتج المزني للقول الذي اختاره: بأنهما لو تنازعا دابة، أقام أحدهما بينة على «أنها ملكه»، والآخر بينة «أنها ملكه، وهو الذي نتجها»، تُقدّم البينة[٢] المتعرضة للنتاج.

واختلف[٣] الأصحاب، ولم يُسلم له أكثرهم ما ادعاه، وحكموا بأن المسألة على القولين، وأجروهما في كلّ بينتين؛ أطلقت إحداهما الملك[٤]، ونصت الأخرى على الملك، وسببه من الإرث والشراء وغيرهما.

ومنهم من سلم له ما ذكره في صورة النتاج، وفرقوا بينها[٥]، وبين بينتي الملك المطلق: بأن بينة النتاج تثبت ابتداء الملك له، والتي هي أسبق تاريخاً لا تثبت ابتداء

---

(١) انظر: «الروضة» (١٢/ ٦٢).

(٢) من قوله: (والآخر بنيه) إلى هنا ليس في (أ) و(ظ).

(٣) في (أ): (اختلاف).

(٤) قوله: (الملك) ليس في (ي).

(٥) في (أ): (بينهما).

الملك له[١][٢]، فهذا التوجيه يقتضي اطراد الطريقتين[٣] فيما إذا تنازعا ثمرةً أو حنطةً[٤]، فشهدت بينةٌ بأنها حدثت من شجرته، أو بذره.

ولا يقتضي جريان الثانية فيما إذا تعرضت إحداهما للشراء، وسائر الأسباب؛ فإنها لا توجب ابتداء الملك.

واعلم أن المسألة من أصلها مفروضة فيما إذا كان المدعى في يد ثالث.

فأما إذا كان في يد أحدهما، وقامت[٥] بينتان مختلفتا التاريخ: فإن كانت بينة الداخل أسبق تاريخاً، فهو المقدم لا محالة.

وإن كانت بينة الآخر[٦] أسبق تاريخاً: فإن لم نجعل سبق التاريخ مرجحاً، فكذلك يقدم الداخل.

وإن جعلناه مرجحاً، فثلاثة أوجه:

أصحها: ترجيح اليد؛ لأن البينتين متساويتان[٧] في إثبات الملك في الحال، فيتساقطان فيه، ويبقى من أحد الطرفين اليد، ومن الآخر إثبات الملك السابق، واليد أقوى من الشهادة على الملك السابق، ألا ترى أنها لا تُزال بها.

---

(١) قوله: (له) ليس في (أ).

(٢) من قوله: (المطلق بأن بينة النتاج) إلى هنا ليس في (ظ).

(٣) في (ز): (القولين).

(٤) في (ز): (أو تعرضت حنطة).

(٥) في (ظ): (أو قامت).

(٦) من قوله: (بينة الداخل أسبق) إلى هنا ليس في (ظ).

(٧) في (ظ): (يتساويان).

والثاني: ترجيح السبق؛ لأن مع أحدهما ترجيحاً من جهة البينة، ومع الثاني: ترجيحاً من جهة اليد، والبينة تتقدم على اليد، فكذلك الترجيح من جهة البينة، متقدّم على الترجيح من جهة اليد.

والثالث: أنهما يتساويان؛ لتعارض المعنيين.

وقوله في الكتاب: (ففي تقديم السابق قولان)، يجوز أن يعلم لفظ القولين منه بالواو؛ للطريقة القاطعة.

وقوله ـ في تعارض البينتين المطلقة والمؤرخة، والمطلقة والمضافة إلى النتاج والشراء ـ: (فقولان مرتبان، وأولى بأن لا يترجح المقيد)، القولان[1] في المطلقة والمؤرخة وترتيبهما ظاهر، وهذا الإيراد، وما ذكرناه من الطريقتين في هذه الصورة، يرجعان إلى معنى واحدٍ.

وأما في المطلقة والمضافة إلى الشراء والنتاج، فالترتيب على ما ذكره، لم يتعرض له الأصحاب.

وإن فرض ترتيب[2] فهو بالعكس مما ذكره، ألا ترى أن في صورة النتاج طريقة قاطعة بالتقديم[3].

فليحمل قوله: (وأولى بأن لا يترجح[4] المقيد)، على المقيد بزيادة التاريخ دون المقيد بالإضافة إلى السبب. والله أعلم.

---

(١) في (ظ): (للمقيد والقولان).

(٢) في (أ): (ترتب).

(٣) في (ظ): (بالتقدم).

(٤) في (ي): (يرجح).

قال رحمه الله:

(فروع:

الأول: لو[١] شَهِدَت بيِّنةٌ[٢] «بمُلكِه بالأمس»، ولم تَتعرَّض للحال، لم تُسمَع حتى يقول: «وهو ملكُه في الحال»، أو «لا أعلمُ له مزيلاً»، فإن قال: «لا أدري، زالَ ملكُه[٣] أم لا»، لم يُقبَل، وإن قال: «أعتقد أنه ملكه بمُجرَّدِ الاستصحاب»، ففي قَبولِه خلاف. أما لو شَهِدَت «بأنه أقرَّ له بالأمس»، ثَبتَ الإقرار، ويُستصحبُ مُوجِبُ الإقرار، وإن لم يتَعرَّض الشّاهدُ للمُلكِ في الحال. ولو قالَ للمُدَّعى عليه: «كان ملكَك[٤] بالأمس»، فالظّاهر: أنه يُنتزعُ من يده؛ لأنه يُخبَرُ عن تحقيقٍ، فيُستصحَب، بخلافِ الشّاهد، فإنه يُخبَرُ عن تخمين، حتى لو قالَ الشّاهد: «هو ملكُه بالأمس[٥]، اشتراه من المدَّعى عليه» أو «أقرَّ له[٦] المُدَّعى عليه بالأمس»، فيُسمَعُ في الحال؛ لأنه استندَ إلى تحقيق، ولا[٧] خلافَ أنه لو شَهِدَ على «أنه كانَ في يدِ المُدَّعي[٨] بالأمس» قُبِل، وجُعِلَ المدَّعي صاحبَ يد[٩]).

---

(١) قوله: (لو) ليس في (أ).

(٢) في (ز) و(ظ): (البينة).

(٣) قوله: (ملكه) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

(٤) في (أ) و(ي) و(ظ): (ملكه).

(٥) قوله: (بالأمس) ليس في (ز).

(٦) في (ظ): (إذا أقرَّ له).

(٧) في (أ): (فلا).

(٨) في (أ): (المدعى عليه).

(٩) في (ز): (اليد).

إذا ادعى «داراً» أو «عبداً في يد رجل»، فشهدت له البينة «بالملك في الشهر الماضي» أو «بالأمس»، ولم تتعرض للحال: نقل المزني، والربيع: أنها لا تُسمع ولا يحكم بها.

وعن رواية «البويطي»: أنها تُسمع، ويُقضى بها، وللأصحاب فيه طريقان:

أشهرهما ـ وبه قال ابن سريج ـ: أن المسألة على قولين[1]:

أحدهما: أنها[2] تُسمع؛ لأنها تثبت الملك له سابقاً، والشيء إذا ثبت فالأصل فيه الدوام، والاستمرار.

وأصحهما: المنع؛ لأن دعوى الملك السابق، لا تسمع، فكذلك البينة عليه، ولأن ثبوت الملك سابقاً إن اقتضى بقاءه، فيد المدعى عليه وتصرفه يدل على الانتقال إليه، فلا يحصل ظن الملك في الحال.

والثاني ـ ويحكى عن أبي إسحاق ـ: القطع بأنها لا تسمع، وحمل هؤلاء المحكي عن «البويطي» على أنه ذكره من عند نفسه.

ويجري الخلاف فيما إذا ادعى اليد، وشهد الشهود على «أنه كان في يده أمس».

واعلم أن للقولين في هذا الفرع تعلقاً بالقولين، فيما إذا أرخت البينتان الملك، بتاريخين مختلفين، هل يقدم أسبقهما تاريخاً، أم يتساويان؟

ثم منهم من بنى القولين هاهنا على القولين هناك. ومنهم من يعكس البناء.

وقربا أيضاً[3] من الوجهين فيما إذا قال: «كان لفلان عليَّ كذا»، أو «كانت هذه الدار لفلان» هل يكون إقراراً؟

---

(١) انظر: «المختصر» ص٣١٦، و«الحاوي» (٢١/ ٣٩٣-٣٩٤)، و«الروضة» (١٢/ ٦٣)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٤٨٣).

(٢) في (أ) و(ي): (أنه).

(٣) قوله: (أيضاً) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

وإذا قلنا بأن الشهادة لا تسمع على الملك السابق، فينبغي أن يشهد الشاهد على «الملك في الحال»، أو يقول: «كان ملكاً له، ولم يزل» أو يقول: «لا أعلم له مزيلاً».

ويجوز أن يشهد بالملك في الحال؛ استصحاباً لحكم ما عرفه من قبل، كشراءٍ وإرثٍ، وغيرهما، وإن كان يجوز زواله.

ولو صرح في شهادته: «أنه يعتمد الاستصحاب»، فوجهان:

حكى في «الوسيط»[1] عن الأصحاب: أنه لا يقبل، كما لا تقبل شهادة الرضاع على امتصاص الثدي، وحركة الحلقوم.

وعن القاضي الحسين: القبول؛ لأنا نعلم أنه لا مستند له[2] سواه، بخلاف الرضاع، فإنه يُدرك بقرائن[3] لا تدخل في العبادة.

ولو قال: «لا أدري أزال ملكه أم لا؟»، لم يقبل؛ لأن هذه صيغة المرتابين، وهي بعيدة عن أداء الشهادة.

ولو شهدت البينة على «أنه أقر أمس للمدعي بالملك»، قبلت الشهادة[4]، واستديم حكم الإقرار، وإن لم يصرح الشاهد بالملك في الحال. وفيما عُلِّقَ عن الإمام[5]: أن منهم من طرد القولين فيه[6]. والظاهر: الأول؛ ولولاه لبطلت فائدة الأقارير.

ولو قال المدعى عليه: «كان ملكك بالأمس»، فوجهان:

---

(١) «الوسيط» للغزالي (٧/ ٤٣٩).

(٢) قوله: (له) ليس في (ز).

(٣) في (ز): (يعرف بقرائن الأحوال).

(٤) من قوله: (ولو شهدت) إلى هنا ليس في (ظ).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ١٤٥-١٤٦).

(٦) قوله: (فيه) ليس في (ز) و(ظ).

أحدهما: أنه لا يؤاخذ به، ولا ينتزع المال من يده، كما لو قامت[1] البينة على «أنه كان ملكه أمس».

وأظهرهما: الانتزاع، كما لو شهدت البينة على «أنه أقر أمس»، ويفارق الإقرار البينة من جهة أن المقر لا يقرُّ إلا عن تحقيق، والشاهد قد يتساهل، ويبني على التخمين.

فإذا لم ينضم إليه الجزم في الحال، ضعف، حتى لو استندت الشهادة إلى التحقيق أيضاً، بأن قال الشاهد: «هو ملكه بالأمس، اشتراه من المدعى عليه بالأمس»، أو أقرّ له المدعى عليه بالأمس، قبلت الشهادة، وكذلك نقله صاحب الكتاب هاهنا، وفي «الوسيط»[2].

ولم يثبت الشيخ أبو نصر ابن الصباغ الوجهين فيما إذا قال المدّعى عليه: «كان ملكك[3] بالأمس»، وحكى القطع بأنه يؤاخذ بإقراره، ورد الوجهين إلى ما إذا قال: «كان في يدك أمس».

وفرَّق بين اليد والملك: بأن اليد قد تكون مستحقة، وقد لا تكون، فإن كانت قائمة، أخذنا بأن الظاهر منها[4]: الاستصحاب، فإذا زالت ضعفت دلالتها.

وإذا عرفت ما يحتاج الشاهد إلى التعرض له على قولنا: إن الشهادة على الملك السابق لا تسمع.

فكذلك إذا قلنا: إن الشهادة على اليد السابقة لا تسمع، فينبغي أن يتعرض

---

(١) في (ز): (كانت).

(٢) انظر: «الوجيز» (٢/ ٢٦٩)، و«الوسيط» (٧/ ٤٣٧).

(٣) في (ظ): (ملكه).

(٤) في (ظ): (فيها).

الشاهد لزيادة: بأن يقول: «كان في يد المدعي، وأخذه المدعى عليه منه» أو «غصبه» أو «قهره عليه» أو «بعث العبد في شُغْلٍ» أو «أبق منه»، فاعترضه هذا وأخذه، فحينئذٍ تقبل الشهادة، ويقضى بها للمدعي، فيجعل صاحب يد.

وقوله في الكتاب: (لم تسمع حتى يقول: «وهو ملكه»)، يمكن حمله[1] من جهة اللفظ، أن يجعل جواباً على الطريقة القاطعة، ويمكن أن يجعل جواباً على الأصح على طريقة[2] إثبات الخلاف. وعلى التقديرين، فليُعلم بالواو.

وكذا قوله: (ويستصحب موجب الإقرار)؛ لما حكيناه من الخلاف، ونقل في «الوسيط»[3]: أن القاضي مال إلى ذلك الوجه.

وقوله: (أو أقرّ له المدّعى عليه بالأمس)، يجوز أن يعلم بالواو؛ لأن هذه الصورة هي بعينها الصورة السابقة، وهي قوله: (أما لو شهدت بأنه لو أقر له بالأمس) إلى آخره.

وقوله: (ولا خلاف أنه لو شهد على «أنه كان في يد المدعي أمس»، قُبِلَ، وجُعِلَ المدعي صاحب يدٍ)، غير مسلّمٍ، بل طرق الأصحاب ناصةٌ على أنه كما لو قامت البينة على الملك بالأمس، بلا فرقٍ، بل في صورة اليد، تكلم الشافعي رضي الله عنه في «المختصر»[4] وحكم بعدم القبول.

فرع:

ذكرنا أن الشهود على الملك السابق، لو قالوا: «لا نعلم زوال ملكه»، قبلت

---

(١) قوله: (حمله) ليس في (ز) و(ظ).

(٢) في (ظ): (جهة).

(٣) «الوسيط» للغزالي (٧/ ٤٣٨).

(٤) انظر: ص٣١٦.

شهادتهم. ثم عن ابن المنذر[١]: أن الشافعي رضي الله عنه قال: يحلف المدعي مع البينة، فإن ذكروا مع ذلك[٢] أنه غاصبٌ، فلا حاجة إلى اليمين. قال القاضي أبو سعد الهروي: هذا غريب[٣]. ووجّههُ: أن البينة قامت على خلاف الظاهر، ولم تتعرض لإسقاط ما مع المدعى عليه من الظاهر، فأضيف إليها اليمين.

آخر:

دار في يد رجل، ادعاها آخران، وأقام أحدهما البينة «أن الدار له، غصبها المدعى عليه منه»، وأقام الآخر البينة «أن من في يده الدار[٤]، أقرّ له»، فليس بين هاتين البينتين منافاة، فيثبت الملك والغصب بالبينة الأولى، وإذا ثبت ذلك لَغَا[٥] إقرارُ الغاصب لغير المغصوب منه. والله أعلم.



(١) في (ز): (المرزبان).

(٢) قوله: (فإن ذكروا مع ذلك) ليس في (أ).

(٣) انظر: هامش (٤) بـ«العزيز» (١٣/ ٢٤٥).

(٤) قوله: (الدار) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

(٥) [في المطبوع من كتاب «العزيز» (١٣/ ٢٤٦): (لُغِيَ). عبد الله].

قال:

(الفَرعُ الثاني: البيِّنةُ المُطلقةُ لا تُوجِبُ تَقدُّمَ زوالِ الملكِ على ما قبلَ البيِّنة، حتى لو شَهِدَت[١] على دابّة، فنِتاجُها قبلَ الإقامةِ للمُدَّعى عليه، والثمرةُ الباديةُ على الشجرةِ أيضاً كذلك. والظاهر: أن الجنينَ حالَ الشهادة للمُدَّعي بطريقِ التَّبعيّة، وإن أمكنَ انفصالهُ بالوَصيَّة، ومعَ هذا، فالمَذهبُ أن المشتريَ إذا أخذَ منه[٢] بحجّةٍ مطلقة، رَجَعَ على البائعِ، بل لو أخذَ من المُتهبِ أو من المشتري[٣] رجعَ الأول أيضاً[٤]، ويُحمَلُ مطلقُه إذا لم يُدَّعَ على المشتري قبلَ[٥] إزالةِ ملكهِ منه على أن الملكَ سابقٌ، فيُطالبُ البائعُ بالثمن، وعجيبٌ أن يُتركَ في يده نتاجٌ حصلَ قبلَ البيِّنة، وبعدَ الشِّراء، ثم هو يَرجعُ على البائع، ولكن أطلقَ الأصحابُ الكلامَ كذلك، فلا يبعُدُ أن يقال: لا يَرجِع إلا إذا ادّعى ملكاً سابقاً[٦] على شرائِه).

بينة المدعي لا توجب ثبوت الملك له، ولكنها تظهره، فيجب أن يكون الملك سابقاً على إقامتها.

---

(١) في (أ) و(ي) و(ظ): (شهد).

(٢) في (أ): (أخذ منه المشتري).

(٣) في (أ) و(ي) و(ز): (ولو أخذ من المتهب من المشتري أو من المشتري من المشتري).

(٤) قوله: (أيضاً) ليس في (ز).

(٥) قوله: (قبل) ليس في (أ).

(٦) في (ز): (ادعى أن ملكه سابق).

لكن لا يشترط السبق بزمان طويل، بل يكفي لصدق الشهود السبق[١] بلحظةٍ لطيفة، فلا يقدر ما لا ضرورة إليه.

حتى لو أقام البينة على «ملك دابة» أو «شجرة»، لم يستحق النتاج والثمرة الحاصلتين قبل إقامة البينة. والثمرة الظاهرة عند إقامة البينة، تبقى للمدعى عليه. وفي الحمل الموجود عندها وجهان:

أظهرهما: أن المدعي يستحقهُ، ويكون تبعاً للأم، كما في العقود.

والثاني: المنع؛ لجواز أن يكون الحمل لغير مالك الأم، بسبب وصيةٍ بالحمل.

وقضية هذا الأصل، أن يقال: من اشترى شيئاً، فادعاه[٢] مدعٍ، وأخذه[٣] بحجة مطلقة، لم يكن له أن يرجع على بائعه بالثمن؛ لجواز أن يكون الملك منتقلاً من المشتري إلى المدعي، فتكون المبايعة صحيحة، مصادفة محلها.

لكن المشهور في المذهب[٤]: ثبوت الرجوع إذا انتزع المال منه بالحجة المطلقة. بل لو باع المشتري، أو وهب، وانتزع من[٥] المتهب، أو المشتري منه، كان للمشتري الأول الرجوع أيضاً. وسببه مسيس الحاجة إليه في عهدة العقود. وأيضاً: فإن الأصل أن لا معاملة بين المشتري والمدعي، ولا انتقال منه، فيستند الملك المشهود به إلى ما قبل الشراء.

وعن القاضي الحسين، إبداء وجه: أنه لا رجوع إلا إذا كان المدَّعى مِلْكاً سابقاً؛ وفاءً بالأصل المذكور، وحمل ما أطلقه الأصحاب: عليه.

---

(١) قوله: (السبق) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

(٢) في (ز): (فاشتراه).

(٣) في (أ) و(ي) و(ظ): (فأخذ).

(٤) انظر: «الروضة» (١٢/ ٦٤)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٤٨٤).

(٥) قوله: (من) ليس في (أ).

وذكر القاضي أبو سعد الهروي: أن الفقيه أبا نصر البلخي[١] ـ من أصحاب الرأي ـ حكى عن أصحابنا: أن قيام البينة تقتضي سبق الملك حتى يكون النتاج للمدعي، ولما كان الجمع بين إبقاء النتاج في ملكه، وبين تمكينه من الرجوع بالثمن بعيداً تأباه الطباع، وقع[٢] تارة بأن قيل: لا رجوع، وأخرى بأن قيل: لا يبقى[٣] النتاج له.

وليُعلَم ـ لهذا الوجه ـ قوله في الكتاب: (فنتاجها قبل الإقامة، للمدعى عليه[٤])، وكذلك قوله: (والثمرة البادية على الشجرة أيضاً)، كذلك[٥]: بالواو.

وقوله: (ويحمل مطلقه إذا لم يدع على المشتري إزالة ملكه عنه، على أن الملك سابق)، أشار به إلى أن ظاهر المذهب ثبوت الرجوع، سواءً قيد الملك المدعى بما قبل الشراء، أو أطلق الدعوى، وإنما يمتنع الرجوع إذا ادعى على المشتري، بأنه نقل الملك إليه، وأقام البينة كذلك.

وعلى الوجه الآخر: إنما يثبت الرجوع إذا ادعى ملكاً سابقاً على الشراء، وأقام البينة عليه.

وقوله: (وعجيبٌ[٦] أن يُتَرْك في يده نتاجٌ حصل قبل البينة، وبعد الشراء، ثم هو يرجع على البائع)، أراد الاستبعاد الذي بيناه.

---

(١) هو: أبو نصر البلخي، من علماء الحنفية كما قال الرافعي رحمه الله.

(٢) في (أ) و(ي): (رفع).

(٣) قوله: (لا يبقى) ليس في (ظ).

(٤) في (ي): (بالواو).

(٥) في (أ) و(ي): (بذلك).

(٦) في (أ): (عجبت).

وقد[١] حُكِيَ عن القاضي الحسين: أنه أكثر البحث عنه، وأنه قال: لم أجد عند أحدٍ من الجواب ما يستحق أن يُحكى، إلا أني سألت عنه فقيهاً من أصحاب أبي حنيفة، فقال: إنما يثبت الرجوع؛ لأن البائع بالبيع، كأنه ضمن سلامة المبيع للمشتري[٢]، وإذا لم يُسلم وأخذ منه، كان له أن يرجع بحكم الضمان الذي تضمنه البيع.

وقوله: (فلا يبعد أن يقال: لا يرجع إلا إذا ادعى ملكاً سابقاً على شرائه)، ذَكَرَ هذا الكلام ذِكْر من هو مبتدئٌ بالشيء، لكنه قد حكاه في «الوسيط»[٣] عن القاضي الحسين، وكذلك الإمام[٤]، وغيرهما.

فرع:

المشتري من المشتري، إذا استحق المال في يده، وانتزع منه، ولم يظفر ببائعه، هل له أن يطالب الأول بالثمن؟ في «فتاوى القاضي الحسين»: أنه لا يطالبه.

ويشبه ذلك من مات وعليه دينٌ، وادعى وارثه ديناً له على غيره، وأنكر المدعى عليه، ونكل الوارث، هل يحلف الغريم؟

* * *

---

(١) قوله: (قد) ليس في (ظ).

(٢) قوله: (للمشتري) ليس في (ظ).

(٣) «الوسيط» للغزالي (٧/ ٤٣٧).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ١٥١).

قال:

(الفرع[١] الثالث: إذا ادَّعى مُلكًا مطلقاً[٢] فذكرَ الشّاهدُ الملك، وسببَه، لم يَضرّ، ولكن لو أراد التَّرجيحَ بالسَّبب، وَجبَ إعادةُ البيِّنةِ بعدَ الدعوى للسَّبب. ولو ذكرَ الشّاهدُ سبباً آخرَ سوى ما ذكرَه المدَّعي، تناقضَتِ الشَّهادةُ والدَّعوى، فلا[٣] تُسمَعُ على أصلِ الملك).

إذا ادعى ملكاً مطلقاً، فشهد الشهود بالملك، وذكروا سببه، لم يضر، بخلاف ما إذا ادعى ألفاً، فشهد الشهود بألفين، حيث تُردُّ شهادتهم في الزيادة على الألف، وفي الألف اختلاف مذكور في باب الإقرار[٤].

والفرق: أن ذكر سبب الملك تابع للملك، وليس سبباً مقصوداً في نفسه، بخلاف الألف مع الألف، فلو أراد المدعي تقديم بينته بذكر السبب، بناءً على أن ذكر السبب يقتضي الترجيح، ولم يكف للترجيح تعرضهم للسبب أولاً؛ لوقوعه قبل الدعوى والاستشهاد، بل يدعي الملك وسببه، وهم يعيدون الشهادة، فحينئذ ترجح بينته.

وفيه وجهٌ[٥]: أنه لا حاجة إلى إعادة البينة، ويكفي أن تكون الشهادة على ما هو المقصود، واقعة بعد الدعوى والاستشهاد.

---

(١) قوله: (الفرع) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

(٢) في (ظ): (سابقاً).

(٣) في (ظ): (ولا).

(٤) انظر: «الوجيز» (١/ ١٩٧)، و(٨/ ٣٢٧)، و«الروضة» (٤/ ٣٧٥).

(٥) في (أ): (آخر).

ولو ادعى الملك، وذكر[1] سببهُ، وشهد الشهود بالملك، ولم يذكروا السبب، قبلت شهادتهم؛ لأنهم شهدوا بالمقصود، ولا تناقض.

ولو ادعى الملك، وسببه، وذكر الشهود سبباً، سوى ما ذكره: فالوجه الصحيح: إبطال شهادتهم؛ لما بينها وبين الدعوى من التناقض.

وقيل: تقبل شهادتهم على أصل الملك، ويلغو ذكر السبب[2].

ولو شهد شاهد «بألفٍ عن ثمن متاع»، وشهد «بألف عن قرض»، والدعوى مطلقةٌ، فقد ذكرنا في الإقرار[3]؛ أنه لا يثبت بشهادتهما شيءٌ.

وقياس الوجه **الثاني** ـ على ضَعْفه ـ ثبوت الألف[4].

فرع:

دارٌ في يد إنسان، وقد حكم له حاكم بملكيتها، فجاء خارج وادّعى «انتقال الملك منه إليه»، وشهد الشهود على «انتقاله إليه بسبب صحيح»، ولم يبينوه: قال القاضي أبو سعد الهروي[5]: وقعت هذه المسألة فأفتى فقهاء «همذان» بسماع هذه البينة، والحكم بها للخارج، كما لو عينوا السبب.

ورأيت في «فتاوى» الماوردي والقاضي أبي الطيب ـ بخطهما ـ كذلك.

قال: وميلي إلى أنها لا تسمع ما لم يبينوا، وهو طريقة القفال وغيره؛ لأن أسباب

---

(١) قوله: (ذكر) ليس في (ي).

(٢) في (ي): (السهو والسبب).

(٣) انظر: «الوجيز» (١/ ١٩٧)، وما سلف (٨/ ٣٢٦).

(٤) انظر: بهامش «العزيز» (١٣/ ١٤٨).

(٥) قوله: (الهروي) ليس في (أ) و(ز) و(ظ).

الانتقال[١] مختلف فيها بين أهل العلم، فصار كالشهادة على «أن فلاناً وارث فلان[٢]»، لا تقبل ما لم يبينوا جهة الإرث.

هذا تمام الكلام في تعارض البينة في الأملاك المطلقة. والله أعلم بالصواب.

قال رحمه الله:

(الطرفُ الثاني: في العُقود، وفيه مسائل:

الأولى: إذا قال: أكريتُك البيتَ بعَشرة، وقالَ المُكتري: بل[٣] اكتريتُ الدّارَ بالعشرة، وأقامَ كلُّ واحدٍ بيِّنة[٤]، فالأصحّ: أن لا ترجيح؛ لأن هذه زيادةٌ في المشهودِ به، وكذلك[٥] لو ادَّعى أحدُهما الكراءَ[٦] عشرةً، والآخرُ عشرين، فيتعارضانِ ولا يجري إلا قولُ[٧] التَّهاتر، أو القُرعة[٨]. أما القسمةُ فلا يُمكن؛ إذ الزِّيادةُ يدَّعيها أحدُهما، وينفيها الآخر، ولا يثبتُها لنفسِه[٩]، وقولُ الوقفِ لا يمكنُ إذ تفوتُ[١٠] المنافع).

---

(١) في (ز): (الملك).

(٢) قوله: (فلان) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

(٣) قوله: (بل) ليس في (ظ).

(٤) في (أ) و(ي): (البينة).

(٥) في (ظ): (وكذا).

(٦) في (ظ): (الكرى بعشرة)، وفي (ي): (بعشرة والآخر بعشرين).

(٧) في (أ) و(ظ): (أقوال)، وفي (ز): (الأقوال).

(٨) في (ز) و(ظ): (والقرعة).

(٩) من قوله (أما القسمة) إلى هنا ليس في (ي).

(١٠) في (ظ): (إذ لا تفوت).

إذا قال المكري: «أكريتك هذا البيت من الدار شهر كذا بعشرةٍ»، وقال المكتري: «بل اكتريت جميع الدار بالعشرة»، فهذا اختلاف بين المتكاريين[١] في قدر المكرى، فإن لم يكن لواحد منهما بينةٌ، فيتحالفان ثم يفسخ العقد على ما تبين[٢] في باب التحالف[٣] وعلى المكتري أجرة مثل ما سكن من الدار، أو البيت.

وإن أقام أحدهما البينة على ما يقوله دون الآخر، قضي له[٤] بالبينة المقامة.

وإن أقام كل واحدٍ منهما البينة فقولان ـ ويقال: وجهان، لأن الأول منهما من تخريج ابن سريج ـ:

أحدهما ـ ويحكى عن أبي حنيفة[٥] ـ: أن بينة المكتري أولى؛ لاشتمالها على زيادةٍ، وهي اكتراءٌ جميع الدار، واستشهد لذلك بما لو شهدت بينة «بألف» وبينه «بألفين»، ثبت الألفان.

وأصحهما ـ وهو المنصوص[٦] ـ: أن البينتين متعارضتان، والزيادة المرجحة هي المشعرة بمزيد علمٍ، ووضوح حالٍ في أحد جانبي ما فيه التنافي، كاستناد إلى سبب، وسبق تاريخ[٧]، وانتقال عن استصحاب أصل: فالزيادة فيما نحن فيه ليست كذلك، وإنما هي زيادة في المشهود به. وتفارق بينة الألف، وبينة الألفين، فإنهما لا يتنافيان؛ لأن

---

(١) في (ي): (المكاريين).

(٢) في (أ): (بيّنا)، وفي (ظ): (ما سبق).

(٣) انظر: «الوجيز» (١/ ١٥٢)، وما سلف (٦/ ٣٨٦) وما بعدها.

(٤) قوله: (له) ليس في (ي) و(ز) و(ظ).

(٥) انظر: «الهداية» (٣/ ٧١).

(٦) انظر: «المختصر» ص٣١٤، «الروضة» (١٢/ ٦٧)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٤٨٥).

(٧) قوله: (تاريخ) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

التي تشهد بالألف، لا تنفي الألفين[1]، وهاهنا العقد واحد، وكل كيفية تنافي الكيفية الأخرى، فيثبت التعارض.

فعلى هذا، تُخرج المسألة على القولين في التعارض؛ فإن قلنا بالتهاتر سقطت البينتان، ورجعنا إلى التحالف.

وإن قلنا بالاستعمال فيجيء قول القرعة، وفي الحلف معها ما مر في موضعه. وعن أبي الطيب ابن سلمة: أنه لا يقرع؛ لأن القرعة إنما يصار إليها عند تساوي الجانبين، ولا تساوي، بل جانب المكري أقوى؛ لملك الرقبة.

وأما قولا القسمة والوقف، فالمشهور أنهما لا يجبان.

أما القسمة فلوجهين:

أحدهما: أن النزاع[2] هاهنا في العقد، والعقد لا يتصور أن يُقسم، بخلاف الملك.

والثاني ـ وهو المذكور في الكتاب[3] ـ: أن القسمة إنما تجري إذا ادعى كل واحد منهما الشيء لنفسه، وهاهنا الزيادة يدعيها أحدهما، وينفيها الآخر، ولا يثبتها لنفسه.

وأما الوقف، فلوجهين أيضاً:

أحدهما ـ وهو الذي ذكره أكثرهم ـ: أن العقود لا توقف على أصلنا، والنزاع هاهنا في العقد.

والثاني ـ وهو المذكور في الكتاب ـ: أن المنافع تفوتُ في مدة الوقف[4].

---

(١) من قوله: (فإنهما لا يتنافيان) إلى هنا ليس في (ظ).

(٢) في (ظ): (التنازع).

(٣) انظر: «الوجيز» (٢/ ٢٧٠).

(٤) في (أ) و(ظ): (التوقف).

وفي هذه التوجيهات تردد:

أما الوجه **الأول** في القسمة: فالعقد غير مقصود في نفسه، وإنما المقصود: المعقود عليه، فجاز أن ترد القسمة على ما فيه التنازع من المعقود عليه، كما لو تنازعا في ملكٍ، وذكر كلٌّ واحدٍ منهما: «أنه اشتراه من فلانٍ وقت كذا»، وأقاما بينتين.

وأما **الثاني**: فالقول بأن الزيادة ينفيها أحدهما، ولا يثبتها لنفسه، ممنوع، بل كل واحدٍ منهما يدعيها: هذا بحكم الإجارة، وهذا بحكم ملك الرقبة، وانحصار الإجارة في البيت[(١)]، فلم لا يكفي هذا القدر للقسمة؟

وأما الوجه **الأول** في الوقف: فإن الوقف الذي لا نقول به: هو[(٢)] أن تتخلف[(٣)] بعض شروط العقد، فيحكم بانعقاده موقوفاً إلى أن يوجد ذلك الشرط، كإذن المالك في بيع الفضولي، وليس هذا الوقف كذلك، بل معنى الوقف هاهنا: أنا نتوقف ولا نمضي حكماً إلى أن يتكشف الحال، أو يصطلحا، ومثل هذا معهود في أصولنا.

وأما **الثاني**: فإنما تفوت المنافع لو عطلت، ويمكن أن يقال: إن الزيادة تؤجّر، وتوقف الأجرة إلى الانكشاف، والإصطلاح.

وربما تولد ـ من هذه الإشكالات ـ قولٌ، نقله الموفق ابن طاهر عن رواية الماسرجسي: أنه تجري[(٤)] القسمة في الملك، والوقف في الأجرة.

---

(١) في (ظ): (البيع).
(٢) في (أ) و(ي) و(ظ): (وهو).
(٣) في (ظ): (تختلف).
(٤) في (ي): (تجوز).

وإن اختلف المتكاريان فالزيادة[(١)] في جانب المكري، بأن قال: «أكريتك كذا بعشرين»، وقال المكتري: «بل أكريته[(٢)]، بعشرة»: فقول التعارض بحاله.

وعلى المحكي عن ابن سريج: بينة المكري[(٣)] راجحةٌ؛ للزيادة.

ويطرد ما ذكروه، فيما إذا اختلف المتبايعان، وأقام كل واحدٍ منهما بينة، وفي إحداهما[(٤)] زيادة.

ولو وجدت الزيادة في كل واحد من الجانبين، بأن قال المكري: «أكريتك هذا البيت بعشرين»، وقال المكتري: «بل جميع الدار بعشرة»، فلابن سريج رأيان:

أحدهما: الرجوع إلى التعارض؛ لتقابل الزيادتين.

وأضعفهما: أنه يؤخذ بالزيادة من الجانبين، فتجعل جميع الدار مُكرى بالعشرين، وهذا خلاف قول المتداعيين، والشهود جميعاً.

ثم قال العراقيون، والقاضي الروياني، وغيرهم: هذا كله فيما إذا كانت البينتان مطلقتين، أو مؤرختين بتاريخ واحدٍ، أو إحداهما مطلقة، والأخرى مؤرخة.

فأما إذا كانتا مؤرختين[(٥)] بتاريخين مختلفين، بأن أقام أحد المتكاريين بينة على «أن كذا، مكرى سنة من أول رمضان»[(٦)]، وأقام آخر بينة على «أن كذا، مكرى سنة[(٧)] من أول شوال»، فأيتهما تقدم؟

---

(١) في (أ): (والزيادة).

(٢) في (أ): (اكتريته).

(٣) في (ظ): (المدعي).

(٤) في (ظ): (أحدهما).

(٥) من قوله: (بتاريخ واحد) إلى هنا ليس في (ظ).

(٦) في (ظ): (شوال).

(٧) في (ز): (سنتين).

حكى القاضي أبو سعد فيه قولين:

أحدهما ـ وهو جواب العراقيين، والروياني[١] ـ: أن التي هي أسبق تاريخاً أولى؛ لأن السابق من العقدين صحيح لا محالة، فإنه إن سبق العقد على الدار صح، ولغا العقد الوارد على البيت بعده.

وإن سبق العقد على البيت صح، والعقد الوارد على الدار بعده، يبطل في البيت، ويُخرّج في باقي الدار على الخلاف في تفريق الصفقة، فترجح[٢] الأولى بذلك.

والثاني: أن البينة الأخرى أولى، وقد يوجه: بأن العقد الثاني سابقٌ[٣] للأول، وربما تخللتها[٤] إقالةٌ.

وعن صاحب «التقريب» وغيره: أن موضع هذين القولين: ما إذا لم يتفقا على أنه لم يجر[٥] إلا عقدٌ واحدٌ، فإن اتفقا عليه فالبينتان متعارضتان أيضاً.

ولك أن تقول: وجب أن يقال: موضع التعارض ـ في البينتين المطلقتين، وفي اللتين[٦] إحداهما مطلقة، والأخرى مؤرخة أيضاً ـ ما إذا اتفقا على أنه لم يجر[٧] إلا عقدٌ واحد.

فإن لم يتفقا عليه، فلا تنافي بين البينتين؛ لجواز أن يكون تاريخ المطلقتين مختلفاً، وأن يكون تاريخ المطلقة غير تاريخ المؤرخة.

---

(١) في (ز): (والقاضي الروياني).

(٢) في (أ) و(ي) و(ظ): (فرجح).

(٣) في (أ) و(ي) و(ظ): (ناسخ).

(٤) في (ظ): (تخللتهما).

(٥) في (أ): (لم يجز).

(٦) في (ز) و(ظ): (البينتين).

(٧) في (أ): (لم يجز).

وإذا لم يكن تنافٍ، ثبت اكتراء[1] الزيادة بالبينة الزائدة.

وقوله في الكتاب: (فالأصح أن لا ترجيح)، مُعلمٌ بالحاء؛ لما سبق.

وقوله: (وكذلك[2] لو ادعى أحدهما الكراء عشرة) إلى آخره: يعني الأصح في هذه الصورة أيضاً: أنه لا ترجيح، بل يتعارضان في الصورتين.

وقوله: (أو القرعة)، معلمٌ بالواو؛ لما ذكرنا عن ابن سلَمة.

وأيضاً: فالذاهبون إلى القسمة، أو الوقف في صور التعارض، منهم من رجع إلى التساقط عند تعارضهما[3]، لا إلى القرعة.

وقوله: (أما القسمة فلا يمكن)، وقوله: (وقول الوقف لا يمكن) معلمان بالواو؛ لرواية الماسرجسي رحمه الله. والله أعلم.

* * *

---

(١) في (ي) و(ظ): (أكثر).

(٢) في (أ): (ولذلك).

(٣) في (أ) و(ي) و(ظ): (تعذرهما).

قال:

(المسألةُ الثانية: إذا ادَّعى رجلانِ داراً في يدِ ثالث، يزعمُ كلُّ واحدٍ أنه اشتراها[١] منه، ووفَّرَ الثَّمن، فإن سبقَ تاريخُ أحدِهما قُدّم، وإلا جرَتِ الأقوالُ الأربعة. لكن إذا لم يُسلَم لأحدِهما شيءٌ من الدّار إما بقُرعة، أو قسمة[٢]، رَجعَ إلى الثمن؛ إذ لا تضادَّ في اجتماعِ الثَّمنَين[٣]. فلو قضينا[٤] بالقسمة، فلكلٍّ واحدٍ منهما خيارُ الفسخ، فإذا فَسخَ أحدُهما رجعَ إلى الثَّمن، وكان للآخرِ أخذُ جميعِ الدّار. وفي المسألةِ قولٌ خامس: أنه يستعملُ البيِّنةَ في فسخِ العقدَين؛ لتَعذُّرِ الإمضاء، فيَرجعانِ إلى الثمنَيْن).

دار في يد رجل، جاء اثنان وادعى كل واحدٍ منهما: «أني اشتريتها من صاحب اليد بكذا، ووفرت الثمن»، وطالبه بتسليم الدار، فينظر: إن أقرّ لأحدهما، سلمت الدار إليه.

وهل للآخر تحليفه؟ قال الشيخ أبو الفرج: إن قلنا: إتلاف[٥] البائع كآفة سماوية، فليس له تحليفه؛ لأن قضية قوله: أن البيع قد انفسخ بتفويت البائع عليه.

---

(١) في (أ) و(ي): (اشتراه).

(٢) في (أ): (بقسمة).

(٣) في (أ): (البينتين).

(٤) في (أ): (قضا).

(٥) في (ي): (إن إتلاف).

وإن قلنا: إنه كإتلاف الأجنبي، وأثبتنا الخيار، فأجاز، وأراد أن يطلب من البائع قيمته، فيُبنى التحليف على الخلاف في أنه لو أقر الثاني بعد الإقرار الأول هل يغرم؟ وقد سبق نظيره.

ولا تمتنع[١] دعوى الثمن[٢] على الآخر، فإنه كهلاك المبيع قبل القبض في زعمه.

وإن أنكر ما ادعيا، ولا بينة، حلف لكل واحد منهما يميناً، وقررت[٣] الدار في يده.

وإن أقام أحدهما بينة، سلمت الدار إليه، وليس للآخر تحليفه لتغريم[٤] العين، فإنه لم يفوتها عليه، إنما أخذت بالبينة، وله دعوى الثمن.

وإن أقام كل واحدٍ بينة، نظرنا: فإن كانتا[٥] بينتين[٦] مؤرختين بتاريخين مختلفين، قُضِي بأسبقهما تاريخاً؛ لأنه إذا باع من أحدهما، لم يتمكن من البيع الثاني[٧].

وإن لم يكونا كذلك، فإما أن يستمر[٨] صاحب اليد على الإنكار، والتكذيب، أو يُصدق بعد قيام البينتين:

---

(١) كذا في (ز)، وفي غيرها: «وتمتنع»، وما أثبتناه هو الموافق لما في «روضة الطالبين» (١٢/ ٦٨). (م ع).

(٢) كذا في (ي)، وفي غيرها: «اليمين»، وما أثبتناه هو الموافق لما في «روضة الطالبين» (١٢/ ٦٨). (م ع).

(٣) في (أ): (وقرت).

(٤) في (ظ): (لتغرم).

(٥) في (أ): (كانوا)، وفي (ي): (كانا).

(٦) قوله: (بينتين) ليس في (أ) و(ظ).

(٧) في (ي) و(ظ): (ومن الثاني)، [وفي المطبوع (١٣/ ٢٥٣): (من الثاني). (م ع)].

(٨) في (ظ): (يسمى).

أحدهما: الحالة الأولى: إذا استمر على التكذيب، فالبينتان متعارضتان؛ فإن قلنا: بالتهاتر، سقطتا، وحلف المدعى عليه لكل واحد منهما، كما لو لم تكن بينة.

وهل لهما استرداد الثمن؟ فيه وجهان منقولان في «الإبانة»:

أحدهما: لا؛ لحكمنا[1] بسقوط البينتين.

وأظهرهما: نعم؛ لأن بينة كل واحدٍ، شهدت «بتوفير الثمن»، وإنما يسقطان فيما فيه[2] التعارض، وهو رقبة الدار دون الثمنين.

وهذا إذا لم تتعرض البينة لقبض المبيع. فإن فرض التعرض له، فلا رجوع بالثمن؛ إذ العقد قد استقر بالقبض، وليس على البائع عهدة ما يحدث بعده. وإن قلنا: بالاستعمال: فالأشهر أنه لا يجيء[3] قول الوقف؛ بناء على أن النزاع في العقد، والعقود لا توقف.

والأوجه ـ وهو المذكور في الكتاب ـ: مجيئه؛ فإنا[4] لا نوقف نفس العقد، وإنما نتوقف[5] نحن؛ لينكشف الحال، على ما مر. وعلى هذا تنتزع الدار منه. قال الإمام[6]: وكذا الثمنان، ويوقف الكل.

وإن قلنا بالقرعة، فمن خرجت له، تسلم إليه الدار بالثمن الذي سماه، والآخر يسترد الثمن الذي أداه.

---

(١) في (أ): (كحمنا).

(٢) في (أ): (ويجيء فيه).

(٣) في (أ): (يجيء)، وهو خطأ.

(٤) في (أ) و(ي) و(ظ): (لأنا).

(٥) في (أ): (نوقف).

(٦) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ١٥٤).

وإن قلنا بالقسمة، فلكل واحدٍ منهما نصف الدار، بنصف الثمن الذي سماه، ولكل واحد منهما خيار الفسخ؛ لأنه لم يسلم له جميع ما اشتراه.

فإن فسخا جميعاً، استرد كل واحد منهما جميع الثمن المشهود به؛ بناءً على الصحيح، وهو أن الإجارة بالقسط، لا بجميع الثمن.

ويجوز أن يجيز أحدهما، ويفسخ الآخر، ويسترد جميع الثمن.

ثم إن سبقت الإجارة الفسخ، رجع المجيز بنصف الثمن، ولم يكن له أن يأخذ النصف المردود، ويضمه إلى ما عنده؛ لأنه حين أجاز، رضي بالنصف.

وإن سبق الفسخ الإجازة، فهل للمجيز أخذ الجميع؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنا نتكلم[1] على قول القسمة، فلا يأخذ كل واحد إلا ما تقتضيه القسمة، والمردود يعود إلى البائع.

وأظهرهما ـ وبه أجاب العراقيون ـ: له ذلك؛ لأن بينته قد قامت على الكل، وإنما لم يأخذ الكل؛ لمزاحمةِ الآخر، فإذا انقطعت زحمته أخذ، وليس كالصورة السابقة، فإنه قنع هناك بالنصف، وانفصل أمره.

وبالقول الآخر ـ وهو القسمة ـ أجاب الشافعي رضي الله عنه في هذه المسألة.

وروى الربيع قولاً آخر في المسألة: وهو أن البيعين مفسوخان، ويرجع إلى قول المدعى عليه، فيقضي بموجب قوله، وامتنع جماعة من الأصحاب من إثباته قولاً للشافعي رضي الله عنه، منهم من خطأه، ومنهم من قال: هو من كيسه، وتخريجه.

الحالة الثانية: إذا صدق صاحب اليد أحد المتداعيين، وشهوده: فعلى قول التهاتر: تُسلم الدار إلى المصدق، وهو كما لو لم تكن بينة، وأقرَّ لأحدهما.

---

(١) في (أ): (لا نتكلم).

وإن قلنا بالاستعمال، فوجهان:

قال ابن سريج: يقدم من صدقه البائع؛ لأن الدار في يده، فمن صدقه فكأنه نقل إليه يده، فتجتمع له البينة واليد.

والأصح: المنع؛ لاتفاق البينتين على إسقاط يده، وانتزاع المال منه باتفاق الأقوال، واليد المزالة لا تقتضي ترجيحاً. فعلى هذا، الحكم كما لو لم يصدق واحداً منهما، وقد بيناه.

ثم اعرف هاهنا[1] شيئين:

أحدهما: أن الأصحاب لم يفرقوا فيما إذا لم تكن البينتان مؤرختين بتاريخين مختلفين، وبين أن تكونا مطلقتين، أو مؤرختين بتاريخ واحدٍ، أو إحداهما مطلقة، والأخرى مؤرخة، بل صرحوا بالتسوية. إلا أن أبا الفرج الزاز، استدرك، فقال: هذا إذا لم تقدم البينة المؤرخة على المطلقة، فإن قدمناها قضينا لصاحب البينة المؤرّخة، ولا تجيء الأقوال[2].

والثاني: خصصوا الوجهين في أن تصديق صاحب اليد، هل يقتضي الترجيح بما إذا فرعنا على قول استعمال البينتين؟ فأما على قول التهاتر: فلم يفرقوا بين أن يصدق وبين أن لا يصدق[3]، كما حكيناه. لكن قياسُ جعل التصديق مرجحاً، أن يقال: يترجح جانب من صَدَّقه. وليست حالة التصديق موضع خلاف التهاتر، والاستعمال كاليد[4]، وسائر ما يوجب الترجيح.

---

(١) قوله: (ها هنا) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

(٢) ورد بهامش (٢) بـ«العزيز» (١٣/ ٢٥٥): «وقد نازع بعضهم في هذا الاستدراك من جهة أن القول بتقديم المؤرخة على المطلقة علته أن الإطلاق في الوقت والملك ونحوهما».

(٣) في (أ) و(ي) و(ظ): (يصدق أوْ لا يصدق).

(٤) قوله: (كاليد) ليس في (ظ).

وَلنَعُدْ إلى لفظ الكتاب: قوله: (إذا ادعى رجلان داراً) إلى آخره، ليس في التصوير ذكر إقامة كل واحد منهما البينة على ما ادعاه، ولا بد من تقديره.

وقوله: (وإلا جرت الأقوال الأربعة)، يريد بها التساقط، والوقف، والقرعة، والقسمة.

وليعلم بالواو؛ لما حكيناه في الوقف.

وأيضاً: فعن الشيخ أبي محمّد: أن قول القرعة لا يجري إلا إذا تحققنا صدق أحدهما، وكذب الآخر، بأن أرخنا بتاريخ واحدٍ. فأما إذا احتمل أن يكونا صادقين فإن[1] أطلقا، أو أطلق أحدهما، وأرخ الآخر، فإنه لا يجري. وأيضاً: فقد ذكرنا في أول ركن البينة طرفاً في موضع الأقوال، منها ما ينفي اجتماع الأقوال الأربعة هاهنا.

وقوله: (فإذا فسخ أحدهما رجع إلى الثمن، وكان للآخر[2] أخذ جميع الدار)، المراد منه ما إذا تقدم الفسخ.

وقوله: (أخذ جميع الدار)، معلم بالواو؛ للوجه[3] الذي ذكرناه.

وقوله: (في المسألة قول خامس)، معلم بالواو؛ لما عرفت أن من الأصحاب، من لم يثبته، ولفظ الكتاب في حكاية هذا القول مصرح، بفسخ العقدين، لكن الأثبت من رواية هذا القول، بطلان العقدين، لا إنشاء الفسخ.

قال الفارسي[4] في «عيون المسائل»: قال الربيع في موضع آخر: إن البيع فاسدٌ،

---

(١) في (ز): (بأن).

(٢) في (أ) و(ي) و(ظ): (الآخر).

(٣) في (ز): (للوجه الآخر).

(٤) هو أبو بكر أحمد بن الحسين بن سهل الفارسي، وهو صاحب «عيون المسائل» في نصوص الشافعي، تفقه على ابن سريج، ومات حدود سنة خمسين وثلاثمئة. انظر ترجمته: «تهذيب الأسماء واللغات» (٢/ ١٩٥)، و«طبقات الشافعية» لابن هداية الله ص٧٥-٧٦.

وهو أولى. فأطلق لفظ الفساد، وهو الذي أراد من نقله أنه مفسوخ.

والشافعي رضي الله عنه كثيراً ما يطلق لفظ المفسوخ، ويريد به الباطل.

فرع:

عن الشيخ أبي عاصم[١]: أنه لو تعرضت إحدى البينتين لكون «الدار ملكاً للبائع»، أو لكونها «ملكاً للمشتري اليوم»، كانت مقدمةً، وإن لم يذكرا تاريخاً.

وأنه لو كانت إحدى البينتين ذِكْرُ «نقد الثمن» دون الأخرى، كانت مقدمة على الأخرى، سواءً كانت سابقة أو مسبوقة[٢]؛ لأن التي تتعرض لنقد الثمن، توجب التسليم، والأخرى لا توجبُهُ؛ لبقاء حق الحبس للبائع، فلا تكفي المطالبةُ بالتسليم.

فرع:

دار في يد إنسانٍ، جاء اثنان يدعيانها، قال أحدهما: «اشتريتها من زيد، وهو يملكها»، وقال الآخر: «اشتريتها من عمرو، وهو يملكها»، أو نسبا[٣] الشراء إلى شخص واحدٍ، وأقام كل واحدٍ بينة على ما يقوله[٤]، فهما متعارضتان: فإن قلنا بالتساقط: فكأنه لا بينة، ويحلف صاحب اليد، لكل واحدٍ منهما[٥] يميناً.

وإن قلنا بالاستعمال: ففي مجيء قول الوقف، الخلاف الذي سبق، ويجيء قولا القرعة والقسمة، والتفريع كما سبق.

---

(١) في (أ): (البغدادي).

(٢) «وهذا جزم به الماوردي أيضاً فقال: وإن كانت الشهادة تملكه من إحدى البينتين حكم بالبيع لمن شهدت بينته بالبيع والملك تعارضتا». بهامش «العزيز» (١٣/ ٢٥٦).

(٣) في (أ): (و نسبا).

(٤) في (ظ): (يدعيه).

(٥) قوله: (منهما) ليس في (ي) و(ز) و(ظ).

إلا أن على قول القسمة: إذا اختار أحدهما فسخ العقد، والآخر إجازته، لم يكن للمجيز أخذ النصف الآخر، تقدم الفسخ أو تقدمت الإجازة، إذا ادعيا الشراء من شخصين؛ لأن المردود يعود إلى غير من يدعي المجيزُ الشراء منه، فكيف يأخذه.

وحيث قلنا بثبوت الخيار على قول القسمة، فذلك إذا لم تتعرض البينة لقبض المبيع، ولا اعترف به المدعي. وإلا، فإذا جرى القبض، استقرّ العقد، وما يحدث بعده، فليس على البائع عهدته[١].

وإنما شرطنا في صورة الفرع[٢] أن يقول كل واحدٍ منهما[٣]: «وهو يملكها»؛ لأن من ادعى مالاً في يد إنسان، وقال: «اشتريته من فلان»، لم تسمع دعواه حتى يقول: «وهو يملكه»، ويقوم مقامه أن يقول: «وتسلمتُهُ منه» أو «سلَّمه إليَّ»؛ لأن الظاهر أنه إنما يتصرف بالتسليم فيما يملك.

وفي دعوى الشراء من صاحب اليد، لا يحتاج أن يقول: «وأنت تملكه»، ويكتفي بأن اليد تدل على الملك[٤]، ولذلك يشترط أن يقول الشاهد في الشهادة: «اشتراه من فلان، وهو يملكه»، أو «اشتراه وتسلمه منه» أو «سلمه هو إليه».

---

(١) في (أ): (عهدة).
«وصور في «البيان» المسألة بما إذا ادعى أحدهما أنه نقد الثمن ولم يسلم الدار إليه، والآخر نقده الثمن ولم يسلمها». «العزيز» (١٣/ ٢٥٧)، هامش (١).

(٢) في (ز): (النزاع).

(٣) قوله: (منهما) ليس في (ز).

(٤) «هذا الذي جزم به، هو المشهور، وقال البغوي في «فتاويه»: إنه ظاهر النص، فلو قال: اشتراه من فلان، لم يسمع، قال: ويحتمل ألا تشترط هذه اللفظة، لأنه قد يشتريه من فلان شراء صحيحاً، ولا يكون البائع مالكاً له بل وكيلاً بالبيع». هامش(٣) «العزيز» (١٣/ ٢٥٧).

قال الإمام[1]: ويجوز أن يقيم شهوداً على «أنه اشتراه[2] من فلان»، وآخرين على «أن فلاناً كان يملكه، إلى أن باع منه».

لكن الآخرين إن شهدوا هكذا، فقد شهدوا على البيع والملك، فكان المراد ما إذا أقام شهوداً على «أنه اشترى منه وقت كذا»، وآخرين على «أنه كان يملكُ إلى وقت كذا».

وإذا أقام أحد المتداعيين[3] بينة «أنه اشترى الدار من فلان، وكان يملكها»، وأقام الآخر البينة على «أنَّه اشتراها من مقيم البينة الأولى»[4]، يُحْكَمُ ببينة الثاني، ولا يحتاج أن يقول لمقيم البينة: «وأنت تملكها»، كما لا يحتاج أن يقوله لصاحب اليد؛ لأن البينة تدل على الملك، كما أنَّ اليد تدل عليه. والله أعلم.

قال:

(الثالثة: أن يدَّعيَ كلُّ واحدٍ عليه ألفاً من ثمنِ دارٍ في يدِه، فالصَّحيح أن لا تَعارُض[5]، ويثبتُ لكلِّ واحدٍ ألفٌ في ذمَّتِه، إلا إذا عيَّنا وقتاً يستحيلُ فيه تقديرُ عقدَينِ مُتعاقبَين).

هذه المسألة عكس[6] الثانية، هناك ادعى اثنان: «شراء ما في يده منه[7]»،

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ١٥٧).

(٢) في (أ) و(ي): (اشترى).

(٣) في (ز): (المدعيين).

(٤) في (ز) و(ظ): (الأول).

(٥) في (أ): (يتعارض).

(٦) في (أ): (ضد)، [وفي المطبوع من كتاب «العزيز» (١٣/ ٢٥٧): (غير). (م ع)].

(٧) قوله: (منه) ليس في (ظ).

وكلٌّ يطالبه[(١)] به. وهاهنا ادعى اثنان: «بيع[(٢)] ما في يده منه»، وكلٌّ يطالبه بالثمن، وصورتها[(٣)]:

دارٌ في يد إنسان، جاء اثنان، وقال كل واحد منهما: «بعت منك هذه الدار ـ وكانت ملكي ـ بكذا، فأدِّ الثمن»: فإن أقرّ لهما، طولب بالثمنين.

وإن أقرّ لأحدهما، طولب بالثمن الذي سماه، وحلف للآخر[(٤)].

وإن أنكر ما ادعياه، ولا بينة، حلف لهما يمينين.

وإن أقام أحدهما البينة قضي له، وحلف للآخر.

وإن أقام كلّ واحدٍ منهما البينة، فينظر: إن أُرِّختا بتاريخين مختلفين، فعليه الثمنان؛ لإمكان اجتماعهما.

وإن أُرّختا بتاريخ واحدٍ، بأن عيّنا أول الطلوع، أو الزوال، فهما متعارضتان؛ لامتناع كون الشيء الواحد ملكاً في وقتٍ واحدٍ، لهذا وحده، ولهذا وحده: فعلى قول التهاتر: كأنه لا بينة.

وعلى قول القرعة: يُقْرَعُ، فمن خرجت له القُرعة قُضي له بالثمن الذي شهد به شهوده، وللآخر تحليفه لا محالة؛ لأنه لو اعترف به بعد ذلك لزمه.

---

(١) في (أ) و(ي): (يطالب).

(٢) في (ظ): (الشراء).

(٣) «ما جزم به من أنه يحلف للآخر فيما إذا أقرّ لأحدهما، لا خلاف فيه في المذهب، وذلك لأنه لم يتعلق بما أقرّ له به حقّ لغيره، ومقتضى ذلك أنه لو كان الثمن الذي يدعيانه معيناً أنه لا يقطع التحليف وهو كذلك، والقياس فيه: أن يجيء فيه ما تقدم فيما إذا قال كل واحد منهما: اشتريتها من صاحب اليد وسلمت إليه الثمن». ورد هذا بهامش «العزيز» (١٣/ ٢٥٨)، وانظر: «الروضة» (١٢/ ٧٢).

(٤) في (أ) و(ي) و(ظ): (كذلك).

وعلى قول[1] القسمة: لكل واحد منهما نصف الثمن الذي سماه، وكأن الدار كانت لهما فباعاها[2] بثمنين مختلفين، أو متفقين[3].

وفي مجيء قول الوقف: الخلاف[4] السابق، والظاهر مجيئه.

وإن كانت البينتان مطلقتين، أو إحداهما مطلقة والأخرى مؤرّخة، فوجهان:

أصحهماـ عند صاحب الكتاب والإمام[5] ـ: أنهما كالمؤرختين بتاريخين مختلفين، ويلزمه الثمنان؛ لأن التنافي غير معلوم، والعمل بكلّ واحدٍ من البينتين ممكن.

والثاني[6]: أنهما كالمؤرختين بتاريخ واحدٍ؛ لأنهما ربما شهدتا على البيع في وقتٍ واحد، والأصل براءة ذمة المشتري، فلا يؤاخذ إلا باليقين.

قال القاضي ابن كج: وبهذا[7] قال القاضي أبو حامد، وأبو الحسين، وغيرهما، ووجهه أيضاً: بأن المدعيين متفقان على أنه لم يجرِ إلا بيعة واحدة، وكل منهما يقول: «أنا صاحبها»، فعلى هذا يعود خلاف التعارض.

وحكى الشيخ أبو حاتم القزويني: طريقة أخرى قاطعة بالوجه الأول.

وذكر هو وأبو الفياض: أن من الأصحاب من قال: إن شهدت البينتان على الإقباض مع البيع، وجب الثمنان لا محالة.

---

(١) قوله: (قول) ليس في (ز) و(ظ).

(٢) في (أ) و(ي) و(ظ): (فباعاه).

(٣) قوله: (أو متفقين) ليس في (أ)، وفي (ز): (متفقين أو مختلفين).

(٤) في (أ): (خلاف).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ١٥٥).

(٦) من قوله: (أنهما كالمؤرختين) إلى هنا ليس في (ظ).

(٧) قوله: (قال القاضي ابن كج وبهذا) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

ولو قامت البينتان على إقرار المدعى عليه، بما ادعيا:

فالأظهر: أن الحكم كما لو قامتا على البيعتين[١] نفسهما، فينظر: أقامتا على الإقرار مطلقاً، أو على الإقرار بالشراء من زيد في وقتٍ، ومن عمرو كذلك.

وقيل: يجب الثمنان، وإن كانت الشهادة على الإقرارين مطلقاً، بخلاف الشهادة على البيعتين[٢] مطلقاً؛ لأن الشهادة على الإقرار، قد يثبت بها ما لا يثبت بالشهادة على نفس المقرّ به[٣].

ألا ترى أنه لو قامت بينة على «إقراره بالغصب من زيد»، وأخرى على «إقراره بالغصب من عمرو»، يلزمه قيمتان؟

ولو قامتا على نفس الغصب من زيد، والغصب من عمرو[٤]، وكانتا متعارضتين، فإذا استعملناهما: لم يجب إلا قيمة واحدة.

وقوله في الكتاب: (فالصحيح: أن لا تعارض)، إلى قوله: (يستحيل فيه تقدير عقدين متعاقبين)، أشار به إلى[٥] أنّ التعاقب الملزم لثمنين[٦]، يفتقر إلى زمان يفرض فيه العقد الأول، ثم الانتقال من المشتري إلى البائع الثاني، ثم العقد الثاني، فإذا عيَّن الشهود وقتاً لا يتأتى فيه ذلك، لم يتصوّر لزوم الثمنين، وحصل[٧] التنافي، وفيما عدا ذلك حُكِمَ بلزوم الثمنين.

---

(١) في (ي) و(ظ): (البيعين).

(٢) في (ي) و(ز): (البيعين).

(٣) في (ظ): (القيمة).

(٤) من قوله: (يلزمه قيمتان) إلى هنا ليس في (ظ).

(٥) في (أ) و(ي): (إليه).

(٦) في (ي): (للثمنين).

(٧) قوله: (وحصل) ليس في (أ).

ويدخل فيه ما إذا أُرختا بتاريخين، ولا خلاف في لزوم الثمنين فيه[١]، وما إذا أطلقت إحداهما[٢] وأرخت الأخرى، وفيه الخلاف الذي سبق.

قال الإمام[٣]: ولو شهد شاهدان على «أنه باع من فلان ساعة[٤] كذا»، وشهد آخران على «أنه في تلك الحالة كان ساكناً»، أو[٥] شهد اثنان على «أنه قتل فلاناً ساعة كذا»، وآخران على «أنه كان ساكناً في تلك الساعة، لا يتحرك، ولا يعمل شيئاً»، ففي قبول الشهادة الثانية خلافٌ للأصحاب؛ لأنها شهادة على النفي، وإنما تقبل الشهادة على النفي[٦] في المضائق والأحوال، والضرورات، فإن سمعناها[٧] فيتصور التعارض بهذا الطريق أيضاً.

فرعان:

أحدهما: ذكر الأكثرون في صورة المسألة أن يقول كل واحد منهما: «بعت منك كذا، وهو ملكي»، وكذلك لفظ الشافعي رضي الله عنه في «المختصر»، وهو موافق لما مرَّ: أنه إذا ادعى الشراء من غير[٨][٩] صاحب اليد، يقول: «اشتريته منه وهو ملكه». وفي «تتمة الجامع الصغير» لأبي الفياض: أنه لا فرق بين أن يقول كل واحد: «هو ملكي»، أو لا يقول.

---

(١) قوله: (فيه) ليس في (أ).

(٢) قوله: (إحداهما) ليس في (أ).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ١٥٩).

(٤) في (ظ): (سلعة).

(٥) لفظة: (أو) ليست في (أ).

(٦) في (ظ): (و).

(٧) في (أ) و(ي) و(ظ): (سمعناه).

(٨) قوله: (غير) ليس في (أ).

(٩) قوله: (من غير) ليس في (ي).

والثاني: إذا قلنا بالقسمة عند تعارض البينتين في المسألة، فقسمٌ لم يكن لصاحب اليد الخيار؛ لأنه يحصل له تمام المبيع[١]، ولا غرض له في عين البائع، وعن أبي الحسين ابن القطان: ثبوته؛ لأنه قد يرضى بمعاملة واحد، ولا يرضى بمعاملة اثنين.

قال:

(الرابعة: إذا ادّعى عبدٌ أن مولاه أعتقَه، وادَّعى آخرُ أن مولاه باعَه منه، فالبيِّنتانِ مُتعارضَتان، ولا يُقدَّمُ جانبُ العبدِ بتقديرِ أنه في يدِ نفسِه، وعلى قولِ القسمةِ يُعتقُ نصفُ العبد، ولا يسري؛ لأنه محكومٌ به قهراً).

عبدٌ في يد رجل، ادعى «أن مولاه أعتقه»، وادعى آخر «أنه باعه منه بكذا»، وأنكر صاحب اليد ما ادعياه[٢]، ولا بينة، حلف لهما يمينين، وإن أقر بالعتق، ثبت العتق، ولم يكن للمشتري تحليفه، إن قلنا إن إتلاف البائع كالآفة السماوية؛ لأنه بالإقرار بالعتق، متلفٌ قبل القبض، فينفسخ البيع. نعم، لو ادعى تسليم الثمن، حلفه له.

وإن أقرّ بالبيع قضي به، ولم يكن للعبد تحليفه؛ لأنه وإن اعترف به لم يقبل، ولم يلزمه غرمٌ.

قال القاضي الروياني: ولا يوجد[٣] موضع يقر لأحد المدعيين، ولا يحلف للآخر قولاً واحداً، إلا هذا[٤].

---

(١) في (ي): (البيع).

(٢) في (ي): (ادعاه).

(٣) قوله: (يوجد) ليس في (أ).

(٤) انظر: هامش «العزيز» (١٣/ ٢٦٠).

وإن أقام كل واحد منهما بينة، نُظِر: إن أرختا بتاريخين مختلفين، قضي بأسبقهما تاريخاً. وإن أرختا بتاريخ واحدٍ، فهما متعارضتان، وفيهما القولان:

فإن قلنا بالتهاتر؛ فالحكم كما لو لم تكن بينة. وإن قلنا بالاستعمال؛ ففي مجيء قول الوقف الخلاف السابق. وإن قلنا بالقرعة؛ قضي لمن خرجت له القرعة. وعن ابن سريج أنه قال: يقوى في هذه الصورة قول القرعة[1]؛ لاشتمال الخصومة على دعوى العتق.

وإن قلنا بالقسمة؛ عتق نصف العبد، ونصفه لمدّعي الشراء بنصف الثمن. وله الخيار؛ لأنه لم يسلم له جميع ما اشتراه، فإن فسخ، فالمشهور أنه يعتق النصف الآخر أيضاً؛ لأن البينة قامت على أنه أعتق الجميع، وإنما لم يحكم بموجبها لزحمة مدعي الشراء، فإذا انقطعت زحمته حكم به.

وفيه وجه آخر: أنه لا يعتق؛ لأن قضية القسمة اقتصارُ العتق على النصف، وإيراد «التهذيب»[2] يشعر بترجيح هذا الوجه.

وإن أجاز مدعي الشراء، فإن كان المدعى عليه معسراً، لم يسر العتق إليه، وإن كان موسراً فقولان، أو وجهان:

أحدهما: أن الجواب كذلك؛ لأنه عتق محكوم به قهراً، فأشبه[3] ما إذا[4] ورث بعض قريبه يعتق عليه، ولا يسري.

---

(١) في (ظ): (الوقت).

(٢) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٣٤١).

(٣) قوله: (فأشبه) ليس في (أ) و(ي).

(٤) في (ي): (كما).

والثاني: يسري[١]؛ لقيام البينة على أنه أعتق باختياره.

والأول هو المذكور في الكتاب. والثاني: أصح عند القاضي الروياني وغيره[٢].

ونقل أبو الفياض وجهاً: أن قول القسمة، لا يجري هاهنا؛ تحرزاً من تبعيض العتق.

وقال المزني: القياس عندي، تقديم بينة العتق؛ لأن العبد في يد نفسه، وبينة صاحب اليد مقدمة. وخرَّج هذا قولاً للشافعي رضي الله عنه، لكن الأصحاب ضعفوه وامتنعوا من إثباته قولاً، وقالوا: إنما يكون[٣] في يد نفسه أن لو ثبتت حريته.

والكلام فيه، ولأنه[٤] لو كان في يد نفسه لكانت الدعوى عليه، لا على السيد.

ولو كانت البينتان مطلقتين، أو إحداهما مطلقة، والأخرى مؤرخة، فالحكم كما لو أرختا بتاريخ واحد.

وحكى الإمام[٥] طريقة قاطعة بأنه لا يجري قول التهاتر؛ لأن صدقهما ممكن، بأن باع صاحب اليد من مدعي[٦] الشراء، ثم انتقل منه إلى صاحب اليد ثم أعتق، وهذا أحد الطرق المذكورة من قبل في موضع أقوال التعارض، وتصديق صاحب اليد بعد قيام البينتين، لا يوجب الرجحان، خلافاً لابن سريج على ما تقدم[٧].

---

(١) قوله: (يسري) ليس في (ي).

(٢) قوله: (وغيره) ليس (ي).

(٣) في (أ): (يلزم أن يكون).

(٤) في (ي): (لأنه) دون واو.

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ١٦١).

(٦) في (ظ): (يدعي).

(٧) قوله: (على ما تقدم) ليس في (ظ).

قال رحمه الله:

(الطرفُ الثالث: في الموت، وفيه ثلاثُ[١] مسائل:

الأولى: ابنٌ مسلم، وآخرُ نصراني، ادَّعى المسلم أن أباه أسلم، ثم مات، فالقولَ قولُ النَّصرانيّ، والمُقدَّمُ بيِّنةُ المُسلمِ إن تعارضَتا؛ لأن النّاقلةَ أولى من المُستصحبة، وكذلك[٢] إذا ادّعى الابنُ الإرثَ في دارٍ، وادَّعت[٣] زوجةُ الأبِ أن أباه أصدَقها، أو باعها، قُدِّمَت بيِّنتُها. ولو شَهِدَت بيِّنةُ النَّصراني: أنه نطقَ بالتَّنصُّر، وماتَ عقيبَه فهما مُتعارضَتان، ويجري قولُ القسمة، وإن كانَ لا يَشترِكُ مسلمٌ وكافرٌ في إرث. ولو كان الميِّتُ مجهولَ الدِّين، فادَّعى كلُّ واحدٍ[٤] أنه ماتَ على دينِه، فلا ترجيحَ لبيِّنةِ الإسلام، وإن[٥] لم تُكن بيِّنة، فليسَ أحدُهما أولى من الآخرِ بالتَّصديق، فيجعلُ كأن المالَ في يدِهما، وإن كانَ في يدِ أحدِهما لم يَختصَّ بالتَّصديقِ بعدَ إقرارِه، بأنه من جهةِ الإرث، ويُصلَّى على هذا الميِّت؛ احتياطاً، فلعلَّه مسلم).

مقصود هذا الطرف: الكلام في التداعي، وتعارض البينتين في الموت، والميراث، فمن مسائله:

---

(١) قوله: (ثلاث) ليس في (ي) و(ز) و(ظ).

(٢) في (ظ): (وكذا).

(٣) قوله: (ادَّعت) ليس في (أ).

(٤) في (أ): (واحدٍ منهما).

(٥) في (ظ): (فإن).

مات رجل عن ابنين مسلم ونصراني مثلاً، واختلفا فيما مات عليه الأب، فقال المسلم: «مات مسلماً، فلي الميراث»، وقال النصراني: «مات نصرانياً، فلي الميراث»، فإما أن يكون الأب معروف الدين، أو لا يكون:

الحالة الأولى: إذا كان الأب معروفاً بالتنصر، فقال المسلم: «أسلم ثم مات»، وقال النصراني: «بل مات على ما كان عليه»، فالقول قول النصراني مع يمينه؛ لأن الأصل بقاء كفره.

وإن أقام كل واحد منهما بينة، نُظِرَ: إن أطلقتا، فقالت بينة المسلم: «إنه مات مسلماً». وقالت بينة النصراني: «إنه مات نصرانياً»، فبينة المسلم مقدمة؛ لأن معها زيادة علمٍ، وهي[١] انتقاله من النصرانية إلى الإسلام، والبينة الأخرى استصحبت وشهدت بالأصل، والناقلة أولى من المستصحبة، ولمثل ذلك قدمنا بينة الجرح على التعديل[٢].

ولو مات رجل عن ابن وزوجة، فقال الابن: «داره هذه ميراثٌ بيننا»، وقالت الزوجة: «بل هي لي، أصدقنيها أبوك» أو «باعها مني»، وأقام كل واحدٍ منهما بينة، فبينتها أولى.

ولو ادعى على مجهولٍ: «أنك عبدي» وأقام عليه بينة، وأقام المدعى عليه بينة: «أنه كان ملكاً لفلان، فأعتقه»، تقدم البينة الثانية[٣]، لعلمها بالانتقال من الرق إلى الحرية.

وعلى هذا قياس المسائل.

---

(١) في (ظ): (وهو).

(٢) في (ظ): (بينة التعديل).

(٣) في (ظ): (الناقلة).

ولو قيدت البينتان، بأنه[١] تكلم[٢] في آخر عمره بكلمة، فقال الابن المسلم: «كانت تلك الكلمة كلمة الإسلام»، وأقام عليه بينة. وقال النصراني: «بل كانت كلمة[٣] التنصر»، وأقام عليه بينة. فهاهنا يبطل الترجيح المذكور، وتجيءُ أقوال التعارض[٤].

فإن قلنا بالتساقط: فكأن لا بينة[٥]، ويصدق النصراني بيمينه. وإن[٦] قلنا بالاستعمال: فعلى قول الوقف، توقف التركة لا محالة؛ لأن المدّعى مال، وعلى القرعة يقرع، فمن خرجت له القرعة، فله التركة[٧].

وعلى قول القسمة يقسم، فيجعل النصف لهذا، والنصف لهذا، كما لو كان التنازع في غير الميراث. وقال أبو إسحاق: لا يجيء قول القسمة هاهنا؛ لأن الحكم بالقسمة حكم بالخطأ يقيناً. ولأن[٨] الشخص لا يموت كافراً مسلماً، وفي غير صورة الميراث، ليست القسمة حكماً بالخطأ يقيناً[٩]؛ لجواز أن يكون المدعى مشتركاً بينهما، كما قسمنا. ولأن الكافر والمسلم لا يشتركان في الميراث، والظاهر الأول، وليست القسمة حكماً منا بأنه مات كافراً مسلماً، ولا تشريكاً منا في الإرث، لكن بينة كل واحد منهما اقتضت أن يكون جميع المال له، إلا أن البينة الأخرى عارضتها[١٠]، فعملنا بكل واحدة منهما بحسب الإمكان.

---

(١) في (أ) و(ي) و(ظ): (بأن).

(٢) في (أ): (نكل).

(٣) من قوله: (الإسلام وأقام عليه بينة) إلى هنا ليس في (ظ).

(٤) من قوله: (فهاهنا يبطل) إلى هنا ليس في (ي).

(٥) في المطبوع من كتاب «العزيز» (١٣/ ٢٦٢): «فإن قلنا بالسقوط، يسقطان ويصير كأن لا بينة». (م ع).

(٦) في (أ) و(ظ): (فإن).

(٧) قوله: (التركة) ليس في (أ).

(٨) في (أ): (لأن) دون واو.

(٩) من قوله: (ولأن الشخص) إلى هنا ليس في (ز).

(١٠) في (أ) و(ز): (قاومتها)، وفي (ظ): (معارضة).

قال العراقيون: ليس صرف النصف إلى كل واحد منهما خطأ يقيناً؛ لاحتمال أنه مات نصرانياً، وهما نصرانيان، فورثا[١] ماله، ثم أسلم أحدهما، وادعى موته مسلماً ليفوز بالجميع.

الحالة الثانية: إذا لم يكن الأب معروف الدين، وادعى كل واحدٍ من الابنين «أنه كان على دينه»، فإن لم تكن بينة، نظر: إن كان المال في يد غيرهما: فالقول قوله.

وإن كان في يدهما: فيحلف كل واحد منهما لصاحبه، ويجعل المال[٢] بينهما.

وإن كان في يد أحدهما: فالذي ذكره الشيخ أبو حامد وجماعة: أن القول قوله مع يمينه. ونسب الإمام[٣] هذا الوجه إلى القاضي الحسين، كأنه أجاب بمثل جوابهم.

والصحيح ـ وهو المذكور في الكتاب ـ: أنه يجعل بينهما أيضاً.

ولا أثر لليد بعد اعتراف صاحب اليد بأنه كان للميت، وأنه يأخذه إرثاً.

وإن أقام كل واحدٍ منهما بينة: فالبينتان متعارضتان، ولا فرق في هذه الحالة بين أن تكونا مطلقتين أو مقيدتين. ويجيء في جريان قول القسمة: خلاف أبي إسحاق.

وفيه وجهٌ: أن بينة الإسلام مقدمة؛ لأن الظاهر من حال من في دار الإسلام، إنما هو الإسلام. والمشهور: الأول.

---

(١) في (أ) و(ي) و(ظ): (فورث).

(٢) قوله: (المال) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ١٣٤-١٣٥).

ويصلى على هذا الميت المشكوك في دينه، وندفنهُ[١] في مقابر المسلمين، ونقيد[٢] النية في الصلاة، فنقول: «نصلي عليه، إن كان مسلماً»، كما لو اختلط موتى المسلمين بموتى الكفار، وقد مر ذكره في الجنائز[٣].

ونختم المسألة بفوائد:

عن الشيخ أبي عاصم: أنه فسر كلمة التنصر فيما إذا شهدت البينتان على آخر ما تكلم به، بأن يقول: «لا إله إلا الله، عيسى رسول الله». قال القاضي أبو سعد: وفيه إشكال ظاهر، فإن المسلمين يثبتون نبوة عيسى عليه السلام، وإثبات نبوته ليس نفياً لنبوة محمد ﷺ، سيما عند منكري المفهوم[٤]، فيجب أن تفسر[٥] كلمة التنصير بما يختص به النصارى، كقولهم: «إن الله ثالث ثلاثة».

وحكى القاضي ابن كج وجهين: في أنه هل يجب على الشهود بيان[٦] كلمة الإسلام؛ لأنهم قد يعتقدون ما ليس بإسلام إسلاماً؟ ووجهين في أن على قول القسمة، هل يحلف كل واحد من الابنين للآخر؟ والأصح المنع.

ووجهين في كيفية القسمة إذا مات عن ابن وبنت، وتنازعا في دين الأب، وقلنا بالقسمة: عن أبي الطيب بن سلمة: أنه يقسم المال بينهما نصفين.

وعن غيره: أنه يقسم أثلاثاً، قسمة الميراث.

---

(١) في (ي): (ويدفنه).

(٢) في (ظ): (وتعتد).

(٣) «الوجيز» (١/ ٧٥).

(٤) انظر: «المستصفى» (٢/ ١٩١).

(٥) في (ظ): (تعتبر).

(٦) في (أ) و(ي): (تفسير).

وليسا ولا واحدٍ منهما بقويم[١]، بل يجب أن يقال: هما كشخصين يدعي أحدهما جميع الدار، والآخر نصفها، وأقاما بينتين، وقد مر: أن على قول[٢] القسمة: للأول ثلاثة أرباعها، وللثاني ربعها.

وليعرف وراء ما حكينا شيئان:

أحدهما: أن الموت على كلمة الإسلام، يوجب الإرث للابن المسلم، لكن الموت على كلمة التنصر بمجرده لا يوجب الإرث للابن النصراني؛ لاحتمال أنه أسلم ثم تنصر، وحينئذ فلا يورث عنه. فكان الغرض فيما إذا تعرض الشهود لاستمراره على النصرانية، إلى أن جعلها آخر كلامه. أو اكتفوا باستصحاب ما عرف من دينه، مضموماً إلى الختم عليه، وإن لم يتعرض له الشهود.

والثاني: أن تقييد البينتين معاً «بأن آخر كلامه كان كذا»، غير محتاج إليه ليزول الترجيح بزيادة العلم، بل تقييد بينة النصراني «بأنه تكلم آخراً بكلمة التنصر»، كافٍ فيه.

وقوله في الكتاب: (ادعى المسلم أن أباه أسلم، ثم مات)، تبين أن التصوير أولاً: فيما إذا كان الميت معروفاً بالكفر، فإن كان مجهول الدين فقد ذكره من بعد.

وقوله: (فهما متعارضتان)، يجوز إعلامه بالحاء؛ لأن الحكاية عن أبي حنيفة: أنه يغلب بينة الإسلام بكل حال[٣].

وقوله: (ويجري قول القسمة) بالواو؛ لوجه أبي إسحاق.

---

(١) في (أ): (تقويماً)، وفي (ظ): (يتقوم).

(٢) في (أ) و(ي): (على أن).

(٣) انظر: «الهداية» (٣/ ١٧٨).

وقوله في مجهول الدين: (فلا ترجيح) بالحاء والواو؛ للوجه الذي ذكرناه آخراً، وكذا قوله: (لم يختص بالتصديق).

فرع:

مات رجل عن زوجة[١] وأخ مسلمَين، وعن أولادٍ كفرة، فقال المسلمان: «مات مسلماً»، وقال الأولاد: «بل كافراً»، فإن كان أصل دينه الكفر، فالقول قول الأولاد.

وإن أقام كل واحدٍ من الطائفتين بينة: فإن أطلقتا[٢]، قدمت بينة الزوجة والأخ. وإن قيدتا، فعلى الخلاف في التعارض. وإن لم يُعرف أصل دينه، وقف المال حتى ينكشف الحال أو يصطلحا.

وإن أقام كل واحدٍ[٣] بينة، فعلى الخلاف في التعارض، ويعود خلاف أبي إسحاق، في جريان قول القسمة.

وإذا رجحنا طائفة، قُسم المال بينهم، كما يُقسم لو انفردوا.

وإن جعلنا المال بين الطائفتين تفريعاً على القسمة مثلاً، فالنصف للزوجة والأخ، والنصف للأولاد، وفيما تأخذه[٤] الزوجة من النصف؟ وجهان:

أحدهما: تأخذ رُبعه، وكأنه كل التركة، وهذا ما أورده أبو الفرج السرخسي.

والثاني: تأخذ نصفه؛ ليكون لها ربع التركة، فإن الأخ معترفٌ به، والأولاد لا يحجبون بقولها. هذا ما أورده الإمام[٥] رحمه الله.

---

(١) في (ظ): (زوج).

(٢) في (ظ): (أطلقا).

(٣) في (أ): (واحدة).

(٤) في (أ) و(ي) و(ظ): (تأخذ).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ١٣٨). وقال النووي في «الروضة» (١٢/ ٧٨): «الأول أصح، لأنها معترفة أيضاً باستحقاق الأخ ثلاثة أرباع التركة. والله أعلم». =

قال:

(الثانية: ماتَ نصرانيٌّ في رمضان، فادَّعى أحدُ ابنَيه أنه أسلمَ في شوّالٍ فيَرِثه[١]، وقال الآخر: بل[٢] في شعبانَ فلا يَرِثه، فبيِّنةُ النَّصرانِّي أولى؛ لأنها ناقلةٌ، والقولُ[٣] قولُ المسلمِ إذا لم تكُن بيِّنة؛ لأن الأصلَ بقاءُ الكفر. ولو أسلمَ الابنُ في رمضان، لكن ادَّعى الموتَ في شعبانَ فتُقدَّمُ[٤] بيِّنتُه، لكن القولَ قولُ النَّصرانيّ؛ لأن الأصلَ دوامُ الحياةِ إلى شوال).

ابنا ميتٍ[٥]؛ نصراني ومسلم تنازعا، فقال المسلم: «أسلمتُ بعد موت أبينا، فالميراث بيننا»، وقال النصراني: «بل قبله، فلا ترثه»، فلهما ثلاث أحوالٍ:

الأولى[٦]: أن يقتصرا على هذا القدر، ولا يتعرضا لتاريخ موت الأب، ولا لتاريخ إسلام المسلم.

والثانية: أن يتفقا على تاريخ موت الأب، كرمضان مثلاً، وقال المسلم: «أسلمتُ في شوال»، وقال النصراني: «بل أسلمتَ في شعبان»، ففي الحالتين: إن لم تكن بينة، فالقول قول المسلم؛ لأن الأصل استمراره على دينه فيصدق بيمينه، ويشتركان في المال.

وإن أقام أحدهما بينة، قضي بها.

= «قال في «المطلب»: إنه لا يجوز غيره، ونقله في «الكفاية» عن الجمهور. وفي «الحاوي»: أن الذي عليه الجمهور: لا يصح تخريج قولي القسمة هاهنا». نقله بهامش(٢) «العزيز» (١٣/ ٢٦٥).

(١) في (ظ): (ويرثه).

(٢) قوله: (بل) ليس في (ز).

(٣) في (أ) و(ي) و(ظ): (فالقول).

(٤) في (ظ): (تقدم).

(٥) في (أ) و(ز): (ميت نصراني).

(٦) في (أ): (إحداهما)، وفي (ي): (إحداها).

وإن أقام كل واحدٍ بينة، فبينة النصراني أولى؛ لأنها تنقله من النصرانية إلى الإسلام في شعبان، والأخرى، تستصحب دينه إلى شوال، فمع الأولى زيادة علم.

والثالثة: أن يتفقا على تاريخ إسلام المسلم، بأن[١] اتفقا على أنه أسلم في رمضان، لكن ادعى المسلم «أن الأب مات في شعبان»، وقال النصراني: «بل مات في شوال»، فالقول قول النصراني؛ لأن الأصل دوام الحياة.

وإن أقاما بينتين، فبينة المسلم أولى؛ لأنها تنقل من الحياة إلى الموت[٢] في شعبان، والأخرى تستصحب الحياة إلى شوال، فمع الأولى زيادة علم.

واعترض الإمام[٣]: بأن بينة النصراني تثبت الحياة في شعبان؛ لأنها تشهد على الموت في شوال، والموت إنما يكون عن حياة، والحياة صفة ثابتة يشهد عليها كالموت، فليحكم بتعارضهما، وجريان أقوال التعارض.

لكن هذا الكلام لا اختصاص له بـهذه الحالة، بل يمكن أن يقال في الحالتين السابقتين.

وقد قدمنا بينة النصراني؛ أن بينة المسلم تثبت النصرانية في شعبان؛ لأنها تشهد على الإسلام في شوال، والإسلام إنما يكون عن كفر، فليحكم بالتعارض.

والوجه أن يراعى كيفية الشهادة:

فإن أطلقت البينتان، فترجح التي تنقل، وتعرض[٤] حدوث شيء[٥] على ما سبق.

---

(١) في (ظ): (فإن).

(٢) في (ز): (من الموت إلى الحياة).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ١٣٦-١٣٧).

(٤) في (ز): (وتعرف).

(٥) في (ي) و(ظ): (يبنى).

وإن شهدت بينة النصراني[١] في الحالة التي نحن فيها «بأنهم عاينوه حياً في شوال»، وشهدت بينة المسلم في الحالتين الأوليين «بأنهم كانوا يسمعون كلمة التنصر منه إلى انتصاف شوال مثلاً»، فتتعارض البينتان.

ولو مات مسلم وله ابنان: أسلم أحدهما قبل موت الأب بالاتفاق، وقال الآخر: «أسلمتُ أيضاً قبله»، وقال المتفق على إسلامه: «بل أسلمتَ بعد موته»، فعلى الأحوال[٢] الثلاث:

إن[٣] اقتصرا على ذلك، أو اتفقا على أن الأب مات في رمضان، وقال قديم الإسلام: «أسلمتَ في شوال»، فقال: «بل أسلمتُ في شعبان»، فيصدق قديم الإسلام. وإن أقاما البينة، تقدم بينة الآخر.

وإن اتفقا على «أن الآخر أسلم في رمضان»، فقال قديم الإسلام[٤]: «إن الأب مات في شعبان»، وقال الآخر: «بل في شوال»، فالمصدق الآخر، والمقدم بينة قديم الإسلام.

وفي هذه الصورة تكلم الشافعي رضي الله عنه في «المختصر»[٥] وعامة الأصحاب، لا في صورة الكتاب، والمقصود واحد.

وعلى هذا القياس نظائرهما[٦]، كما لو مات الأب حراً، وأحد الابنين حرٌّ بالاتفاق، واختلفا في أن الآخر: عُتِق قبل موته، أو بعده.

---

(١) في (ز) زيادة: (أن بينة المسلم).
(٢) في (ظ): (الأقوال).
(٣) في (ظ): (فإن).
(٤) من قوله: (أسلمت في شوال) إلى هنا ليس في (ز).
(٥) انظر: «المختصر» ص٣١٤، و«الروضة» (١٢/ ٧٩)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٤٨٦).
(٦) في (أ): (نظائرها).

ولو أنهما في صورة «المختصر»: اتفقا في حق أحدهما «أنه لم يزل مسلماً»، وقال الآخر: «لم أزل مسلماً أيضاً»، ونازعه الأول، وقال: «كنت نصرانياً، وإنما أسلمت بعد موت الأب»، فالقول قوله في: «أني لم أزل مسلماً»؛ لأن ظاهر الدار يشهد له، وليس مع صاحبه أصلٌ يستصحب.

ولو قال كل واحدٍ منهما: «لم أزل مسلماً[1]، وكان صاحبي نصرانياً، أسلم بعد موت الأب»، فعن القفال: تخريجه على وجهين:

أحدهما: أنه لا يصرف شيء إلى واحدٍ منهما؛ لأن الأصل عدم الاستحقاق.

وأصحهما: أنه يحلف كل واحدٍ منهما، ويجعل المال بينهما؛ لأن ظاهر الدار يشهد لكل واحد منهما فيما يقوله في حق نفسه.

ولو مات رجل وخلف أبوين كافرين، وابنين مسلمين، فقال الأبوان: «إنه مات كافراً»، وقال الابنان: «بل مسلماً»:

قال ابن سريج: فيه قولان[2]:

أشبههما بقول العلماء: أن القول قول الأبوين؛ لأن الولد محكوم بكفره في الابتداء تبعاً للأبوين، فيستصحب إلى أن يعلم خلافه.

والثاني: أنه يوقف المال إلى أن ينكشف الأمر، أو يصطلحوا، والتبعية ترفع بالبلوغ وحصول الاستقلال[3].

---

(١) من قوله: (أيضاً ونازعه الأول) إلى هنا ليس في (ز).

(٢) «مراد ابن سريج (قولان)، يعني وجهين له، لا أنهما منصوصان للشافعي، وكذا قاله جمع من العراقيين منهم الشيخ في «المهذب» وكذا الروياني في «البحر»». هامش(١) «العزيز» (١٣/ ٢٦٧). وانظر: «المهذب» (٢/ ٤٠٣)، و«الروضة» (١٢/ ٨٠)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٤٨٦).

(٣) في (ظ): (الاستيلاد).

وفيه وجهٌ آخر: أن القول قول الابنين؛ لأن ظاهر الدار يدل[١] على ما يقولانه[٢].

فرع:

رجل له زوجة وابن فماتا، واختلف الرجل وأخ الزوجة، فقال الرجل: «ماتت الزوجة أولاً فورثتها أنا وابني، ثم مات الابن فورثته»، فقال الأخ: «مات الابن أولاً فورثتَه مع أختي، ثم ماتت الأخت فورثناها»:

فإن لم يكن لواحد منهما بينة: فالقول قول الأخ في مال أخته، وقول الرجل في مال ابنه، فإن حلفا أو نكلا، فهي من صور استبهام الموت، فلا يورث أحد الميتين من الآخر، بل[٣] مال الابن لأبيه، ومال الزوجة للزوج والأخ.

وإن أقام كل واحدٍ بينة: تعارضتا، وجاء أقوال التعارض.

هذا إذا لم يتفقا على وقت موت أحدهما. فإن اتفقا عليه، واختلفا في أن الآخر مات قبله أو بعده، فالمصدق من يقول: «مات[٤] بعده»؛ لأن الأصل دوام الحياة.

وإن أقام كل واحد[٥] بينة، قدمت بينة من يقول: «مات قبله»؛ لأن معها زيادة علم.

---

(١) قوله: (يدل) ليس في (ظ).

(٢) قال النووي في «الروضة» (١٢/ ٨١): «الوقف أرجح دليلًا، ولكن الأصح عند الأصحاب أن القول قول الأبوين، وأنكروا على صاحب «التنبيه» ترجيحه قول الابنين، وهو ظاهر الفساد».

(٣) في (أ): (بأن).

(٤) في (أ): (ماتت).

(٥) في (أ): (واحدٍ منهما).

ولو مات رجل عن زوجة وأولاد، فقالوا لها: «كنتِ أمةً، فعتقت بموت أبينا» أو «ذمية، فأسلمت بعد موته»، وقالت: «بل عتقت» أو «أسلمت قبل موته»، فهم المصدقون. وإن قالت: «لم أزل مسلمة» أو «حرة»، فهي المصدقة؛ لأن الظاهر ما تقوله.

وعن رواية الربيع، قولٌ: أنها تصدق في الحرية دون الإسلام؛ لأن الأصل في الناس الحرية، فإنهم يخلقون أحراراً، وفي الدين يخلقون منقسمين إلى مسلمين وكفارٍ.

وخرج قولٌ: أنهم المصدقون جميعاً؛ لأن الأصل عدم وراثتها. والله أعلم.

قال:

(الثالثة: لو قال: إن قتلتُ فأنت حرٌّ، فقامَت بيِّنةُ الوارثِ أنه ماتَ حتفَ أنفِه، وبيِّنةَ العبدِ أنه قُتِلَ، فقولان: أحدُهما: التسوية. والآخر: تَقديمُ بيِّنةِ القتل؛ لما فيها من الزِّيادة).

سيد قال لعبده: «إن قتلتُ فأنت حر»، وتنازع بعده العبد والوارث، فأقام العبد بينة «أنه قُتِلَ»، والوارث بينة «أنه مات حتف أنفه[١]»، فقولان:

أحدهما: أنهما متعارضتان؛ لما بينهما من المنافاة.

والثاني: أن بينة العبد أولى؛ لأن عندها زيادة علم بالقتل، فإن قلنا بالتهاتر فكأنه لا بينة، فيحلف الوارث، ويستمر الرق. وإن قلنا بالقسمة عتق نصفه. وإن قلنا بالقرعة عتق إن خرجت له القرعة، ورُقَّ إن خرجت للوارث. والوقف لا يخفى[٢].

---

(١) في (ز): (أحتفه).

(٢) في (ظ): (لا يجيء).

والظاهر من القولين في المسألة ـ على ما ذكر أبو الحسن العبادي ـ: تقديم بينة العبد، ونقل طريقة قاطعة به.

قال: ولا شك أن القصاص لا يجب؛ لأن الوارث منكر للقتل.

فإن ادعى الوارث القتل، وأقام المدعي بينة «أنه مات حتف أنفه» جرى القولان.

ولو قال: «إن مت في رمضان، فعبدي حرٌّ»، وأقام[1] العبد بينة «أنه مات في رمضان»، والوارث بينة «أنه مات في شوال»، فعلى القولين:

أحدهما: التعارض.

والثاني: تقديم بينةِ العبد؛ لزيادة العلم بحدوث الموت في رمضان[2].

وعن المزني: تقديم بينة الوارث؛ لأن معها زيادة علم، وهي استمرار الحياة إلى شوال، ومن شرطه أن يطرده في نظائر المسألة من قبل ومن بعد.

ولو أقام الوارث البينة «أنه مات في شعبان»، فالقياس مجيء التعارض، وانعكاسُ القول الثاني والمحكيّ عن المزني.

ولو حكم القاضي بشهادة شاهدي رمضان، ثم شهد شهود على «أنه مات في شوال»، فهل يُنقض الحكم، وينزل[3] منزلة ما لو شهدت البينتان معاً؟ وعن ابن سريج: تخريج قولين فيه[4]، كما لو بان فسقُ الشهود بعد الحكم[5].

---

(١) في (ز): (فأقام).

(٢) من قوله: (والثاني: تقديم) إلى هنا ليس في (ظ).

(٣) في (أ): (ينزله).

(٤) في (أ): (فمنه).

(٥) انظر هامش (١) «العزيز» (١٣/ ٢٦٩).

ولو قال لسالم: «إن مِتُّ في رمضان فأنت حرٌّ[١]»، وقال لغانمٍ: «إن مت في شوال فأنت حرٌّ»، وأقام كل واحدٍ بينة على ما يقتضي حريته، فقولان:

أحدهما: التعارض.

والثاني: تقديم بينة سالم؛ لأن معها زيادة علمٍ، وهي حدوث الموت في رمضان[٢].

وعن المزني، وابن سريج: تقديم بينة غانم.

وإن[٣] قلنا بالتعارض؛ فعلى التهاتر يُرقُّ العبدان، وعلى القسمة يعتق من كل واحدٍ نصفه.

ولو قال لسالم: «إن مِتّ من مرضي، فأنت حرٌّ»، وقال لغانم: «إن برئت منه[٤] فأنت حرٌّ»، فأقام سالم بينة على «الموت منه[٥]»، وغانمٌ بينةً على «البرءِ منه»:

ففي وجهٍ: البينةُ الأولى أولى؛ لزيادة علمها بالموت.

وفي وجهٍ: الثانية أولى؛ لعلمها بالبرءِ. ويحكى هذا عن ابن القطان.

والصحيح: التعارض؛ لتقابل الزيادتين[٦].

وإذا تعارضتا، جاء الخلاف السابق. وحكى القاضي ابن كج عن بعض الأصحاب: أنه إذا وجد التعارض في مثل هذا، غلبت الحرية.

---

(١) في (أ): (فإن).

(٢) انظر: «المختصر» ص٣١٥، و«الروضة» (١٢/ ٨١)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٤٨٦).

(٣) في (ز): (فإن).

(٤) قوله: (منه) ليس في (ظ).

(٥) في (ي): (فيه).

(٦) انظر: هامش (٢) «العزيز» (١٣/ ٢٦٩)، «الروضة» (١٢/ ٨١).

خاتمة لهذا الطرف:

من ادعى «وراثة إنسانٍ»، وطلب تركته أو شيئاً منها، فليبين جهة الوراثة من بنوّةٍ وأخوّةٍ وغيرهما. وذكر أبو الفرج السرخسي: أنه لا يكفي لطلب التركة ذكر الجهة على المذهب، بل يتعرض مع الجهة للوراثة، فيقول[١]: «أنا أخوه، ووارثه».

وإذا شهد عدلان وهما من أهل الخبرة، بباطن حال الميت: «أن هذا ابنه، لا نعرف له وارثاً سواه»، دفعت إليه التركة.

وإن شهد لصاحب فرضٍ، دفع إليه فرضه، ولا يطالبان بضمينٍ؛ فإن طلب الضمين مع قيام البينة كالطعن في الشهود. وحكى الفوراني: أنه لا بد من ثلاثة شهود هاهنا، كما ذكره في شهادة الإفلاس. والمشهور هو الأول.

وإذا لم يكن الشهود من أهل الخبرة، أو كانو من أهل الخبرة[٢]، ولم يقولوا: «لا نعلم وارثاً سواه»، فالمشهود له، إما أن يكون[٣] له سهمٌ مقدرٌ، أو لا يكون:

إن لم يكن له سهم مقدر: فلا يعطى في الحال، بل يتفحص القاضي عن حال الميت في البلاد التي سكنها أو طرقها، فيكتب إليها للاستكشاف، أو يأمر من ينادي فيها: «ألا إن فلاناً قد مات، فإن كان له وارث، فليأت القاضي، أو ليبعث إليه».

فإذا تفحص ومضت[٤] مدة[٥] يغلب على الظن في مثلها، أنه لو كان له وارث هناك لظهر، ولم يظهر، فحينئذ يُدفع المال إليه، ويكون البحث والتفحص قائماً مقام خبرة

---

(١) في (ظ): (بأن يقول).

(٢) قوله: (أو كانوا من أهل الخبرة) ليس في (ز).

(٣) قوله: (يكون) ليس في (ظ).

(٤) قوله: (ومضت) ليس في (أ).

(٥) قوله: (ومضت مدة) ليس في (ي) و(ظ).

الشهود. وفي «أمالي أبي الفرج» حكاية قولٍ: أنه لا يدفع المال إليه بعد التفحص أيضاً.

ويشترط قيام البينة على النسق[1] الذي سبق.

وفيه وجه: أنه يُفرقُ بين أن يكون المشهود له ممن يحجبه غيره كالأخ فلا يدفع إليه المال بعد التفحص، وبين أن يكون ممن لا يحجبه غيره كالابن فيدفع[2]. والظاهر عند الأكثرين: الأول.

وإذا دُفع المال إليه، فهل يؤخذ منه ضمين[3]؟ ظاهر[4] لفظه رضي الله عنه ـ في «المختصر» ـ: أنه يؤخذ، ولا بد منه.

وقال رضي الله عنه في «الأم»[5]: أحب[6] أن يؤخذ منه[7] ضمينٌ[8]. فاختلف الأصحاب على طريقين:

أشهرهما: أن المسألة على قولين:

أحدهما: أنه لا بد من أخذ الضمين؛ احتياطاً واستيثاقاً.

وأظهرهما: أنه لا حاجة إليه؛ اكتفاء بأن الظاهر أنه لا وارث سواه. نعم، هو مستحبُ.

---

(١) في (أ): (الفسق).

(٢) في (ظ): (فيدفع إليه ظاهر).

(٣) في (أ): (ضمن).

(٤) في (ظ): (الظاهر).

(٥) «الأم» للشافعي (٦/ ٢٥١). وانظر: «المختصر» ص٣١٥.

(٦) في (ي): (واجب).

(٧) قوله: (منه) ليس في (أ).

(٨) في (أ): (وضمن).

والثاني: نفي الخلاف، واختلف هؤلاء:

فقطع قاطعون بنفي الوجوب، وحملوا ما في «المختصر» على الاستحباب.

وحملهما آخرون على محملين: فمنهم من قال: حيث ذكر أنه لا بد منه، أراد الأخ ومن يجوز أن يحجب. وحيث ذكر الاستحباب[١]، أراد الابن ومن لا يُحجبُ.

ومنهم من حمل الأول على ما إذا لم يكن ثقة موسراً. والثاني: على الثقة الموسر إن كان ممن له سهم مقدر.

فإن كان ممن لا يحجب دفع إليه أقل فرضه عائلاً قبل البحث والتفحص، فإنه مستيقنٌ: فالزوجة يدفع إليها ربع الثمن عائلاً على تقدير أنه ترك أبوين وبنتين وأربع زوجات.

والزوج: يدفع إليه الربع عائلاً على تقدير أنها تركت أبوين وبنتين وزوجاً.

والأبوان: يُعطيان السدس عائلاً:

أما الأب، فعلى تقدير أن الورثة: أبوان، وبنتان، وزوج أو زوجة.

وأما الأم، فعلى تقدير أن الورثة: أختان لأب وأم[٢]، وزوج أو زوجة، بل لو حضر مع الزوجة ابن دفع إليها ربعُ الثمن غير عائل؛ لأن المسألة لا تعول إذا كان فيها ابنٌ.

ثم إذا تفحص، ولم يظهر غيره، أعطي تمام حقه.

---

(١) في (ظ): (الأصحاب).

(٢) في (أ) و(ي): (وأختان لأم).

وفيه وجه: أنه لا يعطى تمام حقه إلا أن تقوم بينته، بخلاف الأخ فإنه لم يأخذ شيئاً، فلو لم يعط بعد التفحص، كان محروماً بالكلية. والصحيح: الأول.

ولا يؤخذ للمستيقن ضمين، وفي أخذه للزيادة الخلاف.

وإن كان ممن يُحجَبُ، لم يدفع إليه قبل التفحص شيءٌ، وبعد التفحص يدفع.

وفيه الوجه المذكور فيمن له سهمٌ مقدرٌ، وهو ممن يحجبه غيره.

ولو قطع الشهود «بأنه لا وارث سواه»، فقد أخطأوا بالقطع في غير موضع القطع، ولا تبطل به شهادتهم.

ولو قال الشهود: «هذا ابنه»، ولم يذكروا كونه وارثاً، فقد أطلق في «التهذيب»[1]: أنه لا يحكم بشهادتهم حتى يذكروا: «أنه وارث»؛ لأنه قد يكون ابناً، ولا يكون وارثاً.

والعراقيون جعلوا هذه الصورة، كما لو لم يكن الشهود، من أهل الخبرة الباطنة[2]، أو كانوا من أهل الخبرة، ولم يذكروا: «أنه لا وارث سواه».

وقالوا: ينتزعُ المال من يده بهذه الشهادات، ويدفع المال إليه بعد التفحص المذكور.

ونقلوا عن ابن سريج فيما إذا شهدوا «أنه أخوه» ولم يتعرضوا للورثة: أنه لا يصرف إليه شيء بعد التفحص؛ لأن الابن لا يحجبه غيره، فقرابته مورثة.

والأخ يحجبه غيره، فقرابته غير مورثة[3] على تجردها.

---

(١) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٣٣٦).

(٢) قوله: (الباطنة) ليس في (ز).

(٣) في (ي): (مورثة).

وأجاب الإمام[١] في الابن بما ذكره العراقيون. وحكى في الأخ وجهين، فحصل فيهما معاً[٢] وجهان.

فرع:

قال القاضي الروياني: القياس أنه لا يصح الضمان ما لم يدفع المال إليه، وهكذا هو في ضمان العهدة.

فرع:

لو قال الشهود: «لا نعرف له في البلد وارثاً سواه»، لم يدفع إليه شيء، خلافاً لأبي حنيفة[٣] وأحمد[٤] فيما رواه ابن الصباغ رحمهم الله. والله أعلم.

* * *

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ١٤٠-١٤١).

(٢) قوله: (معاً) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

(٣) انظر: «الهداية» (٣/ ١٦٧).

(٤) انظر: «المقنع» ص٣٤٣.

قال حجة الإسلام رحمه الله:

(الطرفُ الرابع: في العتقِ والوصيّة، وفيه ثلاثُ مسائل:

الأولى: إذا ثَبتَ عتقُ عبدَينِ ببَيِّنتَين[١]، كلُّ واحدٍ ثلثُ مالِ المريضِ المُعتقِ، عُتِقَ من كلِّ واحدٍ نصفُه؛ إذ الغالبُ أنهما مُتعاقِبان، فيعتق السابق، وليسَ أحدُهما أولى من الآخر، ومنهم من قال: إذا أشكَلَ السّابق، فهو كما لو اجتمَعا على أحدِ القولَين، كما في الجمعتَين، والنكاحَين، فإن جُعِلَ كالاجتماع، فيُقرَع، لكن لو كانَ أحدُ العبدَينِ سدسَ المال، وخرجَت له القرعةُ عُتق، وعُتِقَ من الآخرِ نصفُه لتكملةِ الثُّلث، وإن رأينا القسمةَ فيُعتَقُ من كلِّ واحدٍ ثلثاه، وفيه وجهٌ آخر: أنه يعتقُ من النَّفيسِ ثلاثةُ أرباعِه، ومن الخسيسِ نصفُه؛ لأن نصفَ النَّفيسِ حرٌّ بكلِّ حالٍ تقدَّم أو تأخَّر، وإنما الزَّحمةُ في النِّصفِ الثاني).

من[٢] الأصول الممهدة: أن المريض مرض الموت إذا أعتق عبدين كل واحدٍ منهما ثلث ماله على الترتيب، ولم يجز الورثة، ينحصر العتق في الأول، وإذا أعتقهما معاً أقرع بينهما، ولو لم يعرف أنه أعتقهما معاً، أو على الترتيب[٣] يقرع بينهما أيضاً.

ولو عرف سبق أحدهما، ولم يُعلم عين السابق، فقولان:

---

(١) في (أ): (ثمن).

(٢) في (ظ): (في).

(٣) من قوله: (أقرع بينهما) إلى هنا ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

أحدهما: أنه يقرع، كما لو أعتقهما معاً، وهذا لأن معرفة السبق من غير أن يعرف السابق، لا تنفعُ شيئاً.

والثاني: أنه يعتق من كل واحدٍ نصفه؛ لأنا لو أقرعنا، لم نأمن خروج الرق على السابق، وللسابق حق الحرية، فيلزم منه إرفاق حر، وتحرير رقيق(١)، وأيضاً: فلو أوصى لهذا بثلث ماله، ولهذا بثلثه ولم تجز الورثة، يجعل بينهما نصفين، فكذلك هاهنا.

فالقولان ـ على ما ذكر جماعة من الأئمة ـ: كالقولين في الجمعتين، والنكاحين مثل هذه الحالة، فإن قلنا: يبطلان الجمعتين والنكاحين، أقرعنا بينهما، كما لو وقعا معاً، وإن توقفنا في الجمعتين(٢) وأمرنا الجميع بالظهر، أعتقنا من كل واحدٍ نصفه.

ولو عُرف من سبق إعتاقه بعينه، ثم اشتبه فطريقان:

أحدهما: طرد القولين.

والثاني ـ وهو الذي أورده أبو الفرج السرخسي وغيره ـ: أنه يعتق من كل واحدٍ(٣) نصفه، وهو الموافق لما هو الظاهر في مثل هذه الحالة من الجمعتين والنكاحين.

ولو علق عتق عبدين بالموت، أو أوصى بعتقهما(٤)، ومات وكل واحدٍ ثلث ماله فيقرع، سواء وقع التعليقان، أو الوصيتان معاً، أو فرض بينهما ترتيب(٥).

---

(١) في (أ): (رقبة).

(٢) في (أ) و(ي) و(ظ): (النكاحين).

(٣) قوله: (واحد) ليس في (أ).

(٤) في (أ): (يعتقها).

(٥) في (ز): (ترتب).

إذا تقرر ذلك: فلو قامت بينة على «أن المريض أعتق سالماً»، وأخرى على «أنه أعتق غانماً»، وكل واحد منهما ثلث ماله، فإن أرختا بتاريخين مختلفين، عتق من أعتقه أولاً. وإن أرختا بتاريخٍ واحدٍ، أقرع بينهما. وإن أطلقتا، أو أطلقت إحداهما، ففي «التهذيب»[1]: أنه يقرع أيضاً؛ لاحتمال الترتيب، والمعية.

وقال جماعة ـ منهم صاحب الكتاب، والإمام[2] ـ: احتمال الترتيب أقرب وأغلب من احتمال المعية، والسابق منهما غير معلوم.

وإذا كان كذلك، وتعارضت البينتان، وأطلقتا، عرفنا أن أحد المعتقين سابق، ولم نعرفه بعينه، فيجيء فيه القولان في أنه يقرعُ بينهما، أو يعتق في كل واحدٍ نصفه.

ثم في لفظ الكتاب شيئان:

أحدهما: أن نظمهُ يشعر بترجيح قول القسمة، وقد رجحه القاضي الروياني وغيره، وهو يوافق قول الذاهب في الجمعتين إذا علمت السابقة[3] ولم يتعين إلى[4] أنهم يصلّون الظهر جميعاً؛ لصحة الجمعة السابقة. وقد بينا في الجمعة ميل الأصحاب إليه، وقولهم: إنه القياس.

ورجح آخرون قول القرعة، وهو يوافق ما ذكرنا في النكاحين: أن ظاهر المذهب ـ والصورة مثل هذه ـ أن الحكم كالحكم فيما إذا لم يُعرف السبقُ، ولا المعية.

والثاني: سياق الكتاب يقتضي إثبات طريقتين:

إحداهما: القطع بالقسمة.

---

(١) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٣٠٨).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٧٣-٧٤).

(٣) في (ظ): (السابق منهما).

(٤) قوله: (إلى) ليس في (ظ).

والثانية: إثبات قولين[١]:

أحدهما: القسمة.

والثاني: القرعة، لكنه لم يرد ذلك، وإنما حكى قول القسمة المنصوص عليها، ثم بين أنهم كيف خرّجوه، وذكر المأخذ الذي بنوا[٢] عليه هذا القول مع قول القرعة، ويعرف[٣] ذلك عند التأمل من[٤] لفظ[٥] «الوسيط»[٦].

وفرّع على القولين: ما لو قامت البينتان كذلك، لكن أحد العبدين سدس المال، فإن قلنا بالقرعة؛ فإن خرجت القرعة للعبد الخسيس[٧]، عتق، وعتق معه نصف الآخر ليكمل الثلث. وإن خرجت للنفيس، انحصر العتق فيه.

وإن قلنا هناك: يعتق من كل واحد نصفُهُ، فهاهنا وجهان:

الذي أورده أكثرهم: أنه يعتق من كل واحدٍ ثلثاه؛ لأن ما زاد على الثلث من التبرع ينسب إلى جميع التبرع، وينقص بتلك النسبة من كل واحد منهم.

وإذا نسبنا الزائد على الثلث وهو السدس هاهنا، إلى جميع التبرع وهو النصف، كان ثلثه، فيرد العتق في ثلث كل واحد منهما، وينفذُ في ثلثيه، وصار كما لو أوصى لواحدٍ بثلث ماله، وللآخر بسدسه، يكون[٨] لكل واحد منهما ثلثا[٩] ما أوصى له.

---

(١) في (أ): (القولين).

(٢) في (أ) و(ي) و(ظ): (ينزل).

(٣) قوله: (ويعرف) ليس في (ظ).

(٤) في (ظ): (في).

(٥) في (ز): (نظم).

(٦) انظر: «الوسيط» للغزالي (٧/ ٤٢٨).

(٧) في (ظ): (خرجت القرعة للخسيس)، وفي (أ): (خرجت القرعة بالعبد الخسيس).

(٨) قوله: (يكون) ليس في (أ).

(٩) في (أ): (ثلث).

والثاني - ويحكى عن أبي حنيفة[١] -: أنه يعتق من النفيس ثلاثة أرباعه، ومن الخسيس نصفه؛ لأنه إن سبق إعتاق النفيس، فجميعه حرّ، وإن سبق إعتاق[٢] الآخر، فنصفه حرٌّ على التقديرين[٣]، وإنما الزحمة والنزاع في النصف الثاني: وهو قدر سدس[٤] المال، فيقسم بينهما، فيعتق من النفيس ربعه، ومن الخسيس نصفه.

ولو قامت البينتان على تعليق عتق عبدين بالموت، أو على[٥] الوصية بعتقِهما، وكل واحد منهما ثلث المال، ولم يجز الورثة، فيقرع بينهما، سواءً أرخت البينتان أو أطلقتا؛ لأن العتقين المعلقين بالموت كالواقعين معاً في المرض. هذا هو الظاهر، وفيه خلاف نذكره على الأثر.

واعلم أن المزني روى في «المختصر»: أن الشافعي رضي الله عنه قال: «ولو شهد أجنبيان «بأن فلاناً المتوفى أعتقه، وهو الثلث في وصيته»، وشهد وارثان لعبد[٦] غيره «بأنه أعتقه وهو الثلث في وصيته»، فسواء، ويعتق من كل واحدٍ نصفه».

ثم[٧] قال المزني: «قياس قوله: أن يقرع بينهما»، وأطال الأصحاب نفسهم في شرح المسألة، ونحن نورد منه ما يتهذب به المقصود:

أما الفرض فيما إذا كان شاهدا أحد العبدين أجنبيين، وشاهدا[٨] الآخر وارثين،

---

(١) انظر: «الهداية» (٢/ ٦٣).

(٢) قوله: (إعتاق) ليس في (أ).

(٣) في (أ) و(ي) و(ز): (فأحد نصفيه حرٌّ على التقديرين).

(٤) في (ز): (بهما).

(٥) قوله: (على) ليس في (ي).

(٦) في (ز): (بعبد).

(٧) قوله: (ثم) ليس في (ز).

(٨) في (ظ): (أو شهدا).

فسيأتي في الفصل التالي لهذا بيان ما يفترق[١] فيه شهادة الأجانب، والورثة، وما لا يفترق[٢].

ثم تحزب الأصحاب فيما هو المراد من صورة المسألة:

قال حزب منهم: المراد العتق المنجز في المرض؛ لأنه قال: «أعتقه»، وقوله: «في وصيته»: أي في مرضه الذي هو وقت الوصية، وأثبت هؤلاء قولين: ما ذكره الشافعي رضي الله عنه وما خرجه المزني[٣]، وهذا ما اختاره أصحابنا العراقيون.

وقال الحزب الثاني ـ ومنهم أبو إسحاق ـ: المراد العتق المضاف إلى ما بعد الموت، لقوله: «أعتق في وصيته»، أي أوصى بعتقه، ثم اختلفوا، فقال قائلون: الجواب: ما قاله المزني، وحكى[٤] عن نصه رضي الله عنه في «الأم»[٥].

ثم من هؤلاء من يحاول تأويل المنقول عن الشافعي رضي الله عنه، ومنهم[٦] من يقول: إنه غلطٌ من ناقل.

وذهب بعضهم إلى إثبات القولين مع[٧] التصوير في الوصية بالعتق.

وأشار القاضي ابن كج إلى طريقة أخرى قاطعةٍ بالقسمة تشبيهاً بالوصية لشخصين. والله أعلم.

---

(١) في (ظ): (يفرق).
(٢) في (أ) و(ي): (يفرق).
(٣) انظر: «المختصر» ص٣٢١، و«الروضة» (١٢/ ٨٢)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٤٨٧).
(٤) في (ز): (وحكوه).
(٥) «الأم» للشافعي (٧/ ٦١-٦٢).
(٦) في (ظ): (وفي الأمة).
(٧) في (ز): (في).

قال:

(الثانية: شَهِدَ أجنبيّانِ أنه أعتقَ غانماً، وهو ثلث، وشَهِدَ وارثان بأنه رَجَعَ عنه، وأعتقَ سالماً[١] وهو ثلثٌ[٢]، رُقَّ غانم، وعُتقَ سالم؛ إذ لا تُهمةَ على الوارث، لما ذكر للرُّجوعِ بدلاً، فإن كانَ سالمٌ سدسَ المال، صارَ متَّهماً فيُعتَقُ غانمٌ بالشهادة، ويُعتَقُ سالمٌ بالإقرار، وقيل: إنه يُقرَعُ أيضاً، وتَلغو شهادةُ[٣] الرُّجوعِ، وتبقى شهادةُ العِتق).

ولا فرق في شهود العتق والوصية بين أن يكونوا أجانب، أو وارثين، إلا أن[٤] الوارث قد يجر بشهادته نفعاً إلى نفسه فلا تقبل شهادته، وإلا أن شهادة الوارث قد تتضمن إقراراً للمشهود به[٥]، فيؤاخذ بها.

فلو شهد أجنبيان «أنه أوصى بعتق غانم، وهو ثلث ماله»، وشهد وارثان «أنه رجع عن تلك الوصية، وأوصى بعتق سالم، وهو ثلث ماله أيضاً»، قبلت شهادتهما على[٦] الرجوع عن الوصية الأولى، وتثبت بها الوصية الثانية؛ لأنهما أثبتا للرجوع[٧] عنه بدلاً يساويه، فارتفعت التهمة، ونظر إلى تبديل الولاء.

---

(١) في (ظ): (غانماً).

(٢) في (ظ): (الثلث).

(٣) في (ظ): (شهادته).

(٤) في (أ) و(ظ): (لأن).

(٥) في (ظ): (له).

(٦) في (أ): (عن).

(٧) في (ظ): (الرجوع).

وقد يكون الثاني أهدى إلى الكسب وجمع المال، فإنه قد لا يتفق أخذ شيء بالولاء، ومجرد[١] هذا الاحتمال، لو أوجب رد الشهادة لما قبلت شهادة قريب، لقريب يرثه.

وعن أبي حنيفة[٢] ومالك[٣]: أنه لا تقبل شهادتهما على الرجوع، ويعتق العبدان معاً.

هذا إذا كان الوارثان عدلين.

فإن كانا فاسقين؛ لم يثبت الرجوع بقولهما، ويحكم بعتق غانم بشهادة الأجنبيين؛ لأن الثلث يحتمله، ويعتق من سالم قدر ما يحتمله ثلث الباقي من المال بعد غانم، وهو ثلثاه، وكأن غانماً هلك، أو غصب[٤] من التركة.

فإن قال الوارثان: «أوصى بعتق سالم»، ولم يتعرضا للرجوع عن وصية غانم[٥]، فالحكم كما ذكرنا فيما إذا كان رجالُ البينتين كلهم أجانب، فالظاهر القرعة، ويجيء فيه الخلاف المذكور[٦] في الفصل السابق.

ولو كانت المسألة بحالها لكن سالماً سدس المال، فالوارثان متهمان برد العتق من الثلث إلى السدس، فلا تقبل شهادتهما على الرجوع في النصف الذي لم يثبتا له بدلاً.

وفي الباقي[٧] الخلاف في تبعيض الشهادة:

فإن قلنا إنها لا تبعض ـ وبه أجاب الشافعي رضي الله عنه في هذه الصورة ـ:

---

(١) في (ز): (يرد).

(٢) «الهداية» (٢/ ٦٣).

(٣) «مختصر خليل» ص٢٩٥.

(٤) في (أ): (هكذا غصب).

(٥) في (أ): (سالم).

(٦) قوله: (المذكور) ليس في (ز).

(٧) في (ظ): (الثاني).

فترد شهادتهما فيه أيضاً، ويعتق الأول بشهادة الأجنبيين، ويعتق الثاني بإقرار الوارثين؛ لأن شهادتهما تتضمن الإقرار بأنه مستحقّ العتق.

فإن لم يكونا جائزين، عتق منه قدر ما يستحقانه.

ومنهم من يقول: يعتق من الثاني بقدر ما يحتمله ثلث الباقي[١] من المال، وليس هذا خلافاً في المعنى، فإن كل[٢] الثاني وهو سدس[٣] المال، يحتمله ثلث الباقي[٤] بعد الأول.

وإن قلنا: إنها تبعض؛ فيعتق نصف الأول، وجميع الثاني[٥]، وهو قدر الثلث.

وفيه وجهٌ آخر: أن الرجوع[٦] المشهود به، لا يتبعض، فإذا لم يثبت في البعض لا يثبت في الباقي، وتبقى الشهادة على الوصية بعتق الثاني، فيقرع بينهما على ما مر.

وهذا الخلاف فيما إذا لم يكن في التركة أخرى.

فإن كان قد أوصى بثلث ماله لإنسان، وقامت البينتان لغانم وسالم هكذا، فتقبل[٧] شهادة الوارثين على الرجوع عن الوصية بإعتاق غانم؛ لأن للورثة الزيادة على الثلث[٨] فليس في الشهادة على الرجوع[٩] تهمة عليهم.

---

(١) في (ز) زيادة: (بعد الأول وإن قلنا).
(٢) في (أ): (كان).
(٣) في (ز): (ثلث).
(٤) من قوله: (وليس هذا خلافاً) إلى هنا ليس في (ظ).
(٥) في (ي): (الباقي).
(٦) في (ظ): (رجوع).
(٧) في (أ) و(ي) و(ظ): (تقبل).
(٨) من قوله: (عن الوصية) إلى هنا ليس في (ظ).
(٩) في (ز): (في الرجوع على الشهادة).

وإذا ثبت الرجوع بشهادتهم، جعل الثلث أثلاثاً بين الموصى له بالثلث، وبين عتق سالم، فيعطى الموصى له ثلثا الثلث[١]، ويعتق منه ثلثاه، وهو ثلث الثلث. هكذا ذكروه.

ولكن رد الزائد على الثلث لا يوجب حرمان[٢] بعض أرباب الوصايا، بل يوزع عليهم الثلث[٣].

وقبول شهادة الرجوع يوجب إرقاق غانمٍ وحرمانه عن التبرع، وهو محل التهمة لتعلق الأغراض بأعيان العبيد والأموال، بل قبول شهادة الرجوع من الورثة، وإن أثبتوا بدلاً مساوياً لا يصفو عن الإشكال؛ لأنه قد يتعلق الغرض باستبقاء غانم، وإن كان سالمٌ مثله في القيمة.

وإن كان الوارثان فاسقين، عتق غانم بشهادة الأجنبيين، وعتق سالم بإقرارهما، وهو دون ثلث الباقي من المال بعد غانم.

ولو كانت قيمة من شهد له الأجنبيان سدس المال، وقيمة من شهد له الوارثان ثلث[٤] المال[٥]، قبلت شهادتهما على الرجوع، وعتق الثاني.

فإن كانا فاسقين عتق الأول، وعتق ثلث الباقي من المال بعد الأول، وهو خمسة أسداس الثاني، وكأنه غصب الأول.

---

(١) في (ز): (ثلثي الباقي).

(٢) في (ظ): (جريان).

(٣) قوله: (الثلث) ليس في (ز).

(٤) في (ظ): (ثلثه).

(٥) في (ز): (الباقي).

ولو شهد أجنبيان «أنه نجز عتق غانم في المرض»، ووارثان «أنه نجز عتق سالم»، وكل واحدٍ منهما ثلث المال، فينظر: إن كذب الوارثان الأجنبيين وقالا: «لم يعتق غانماً، وإنما أعتق سالماً»، فيعتق العبدان جميعاً.

أما غانمٌ فبشهادة الأجنبيين، وأما سالم فبإقرار الوارثين «أن العتيق سالمٌ دون غانم».

فإن لم يكونا جائزين، عتق منه[1] حصتهما.

واستدرك بعض المتأخرين، فقال: قياس ما سبق أن لا يعتق من سالم إلا قدر ما يحتمله ثلث[2] الباقي من المال بعد غانم[3]، وكأن غانمًا غصب من التركة. وهذا جيدٌ.

وإن لم يكذباهما، بل قالا: «أعتق سالماً، ولا ندري هل أعتق غانما أم لا؟»: فإن كان الوارثان عدلين، فالحكم كما ذكرنا فيما إذا كان شهود العبدين معاً أجانب. وإن كانا فاسقين، فيعتق غانم بشهادة الشهود.

وأما سالم، فقد ذكر الشيخ أبو حامد، وتابعه[4] كثيرٌ من الأصحاب: أنه يعتق منه نصفه إذا فرعنا على أنه يعتق من كل واحدٍ نصفه لو كانا عدلين؛ لأن الوارثين معترفان في ضمن الشهادة باستحقاقه عتق النصف، فلزمهما ما اعترفا به.

وقال ابن الصباغ: هذا سهوٌ؛ لأن غانماً أيضاً لا يستحق بقول الوارثين إلا عتق النصف، وقد حكمنا بعتق جميعه، فنصفه كالمغصوب أو الهالك في حق الورثة، ونصفه

---

(١) في (ظ): (منهما).

(٢) في (ظ): (الثلث).

(٣) انظر هامش (٢) «العزيز» (١٣/ ٢٧٨).

(٤) قوله: (تابعه) ليس في (ظ).

سدس التركة، فينبغي أن يعتق عبد إلا سدس عبد، وقد أعتقنا نصف عبدٍ فيبقى ثلث عبد بلا مزيد.

لكن العبدين سواءٌ في استحاق العتق، فلا يجوز أن يعتق من أحدهما أكثر مما يعتق من الآخر.

ويلزم من ذلك أن ينقص ما عتق من الأول عن النصف، وأن يزيد ما يعتق من الثاني على الثلث. وتبيين ذلك بأن يقال: عتق من الأول شيء والباقي مغصوب، وعتق من الثاني شيء والباقي للورثة مع الثلث الكامل من التركة، فمعهم إذاً ثلثان سوى شيءٍ، وذلك يعدلُ ضعف ما عتق، وهو أربعة أشياء، فيجبر ويقابل، فثلثا التركة[1] تعدل خمسة أشياء، فالشيء خمس ثلثي التركة، وخمس الثلثين خمسا الثلث، وكل عبد ثلث، فيعتق من الأول خمساه، والباقي مغصوب، ومن الثاني خمساه، تبقى ثلاثة أخماسه للورثة مع الثلث الكامل، وهي ثمانية أخماس ضعف ما عتق.

ولو شهد أجنبيان لغانم، ووارثان لسالم كما ذكرنا إلا أن سالماً سدس المال: فإن كذّب الوارثان الأجنبيين، عتقا جميعاً. وإن لم يكذباهما: فإن كانا عدلين، فكما إذا كان شهود العبدين أجانب، والأول ثلث المال والباقي[2] سدسه، وقد مر حكمه في الفصل السابق.

وإن كانا فاسقين، فقد[3] نقل صاحب «التهذيب»[4]: أن الأول حر بشهادة الأجنبيين، ويقرع بينهما: فإن خرجت له القرعة، انحصر العتق فيه.

---

(١) في (أ): (في التركة).

(٢) في (أ): (والثاني).

(٣) قوله: (فقد) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

(٤) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٣٠٩-٣١٠).

وإن خرجت للثاني، عتق الأول بالشهادة، وعتق من الثاني ثلث ما بقي من المال بإقرار الوارثين.

قال في «التهذيب»[١]: وقياس هذا أن يقرع أيضاً إذا كان كل واحد من العبدين ثلث المال، وكان الوارثان فاسقين.

وكان هذا جواباً على قول القرعة فيما إذا كان الشهود كلهم أجانب، وما نقلناه[٢] عن الشيخ أبي حامد وغيره على قول القسمة. والله أعلم.

قال:

(الثالثة: إذا[٣] شَهِدَت بيِّنَةٌ أنه[٤] أوصى لزيدٍ بالسُّدس، وشَهِدَت أخرى بأنه أوصى لبكر بالسُّدس[٥]، وشَهِدَت أخرى بأنه رَجَعَ عن إحدى الوصيَّتَين، فعلى وجهٍ تَبطلُ الشَّهادةُ بالرُّجوعِ المبهَم، ويُسلَّمُ إلى كلٍّ واحدٍ سدسٌ، وعلى وجهٍ يَصحُّ لتَعيُّنِ المشهودِ له، والمشهودِ عليه، فيُقسَمُ عليهما سدسٌ واحدٌ).

إذا شهد اثنان «بأن فلاناً الميت، أوصى لزيد بالثلث»، وآخران «بأنه أوصى لبكر بالثلث»، فلا يخفى أنه يجعل الثلث بينهما بالسوية.

---

(١) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٣٠٩).

(٢) في (أ) و(ي) و(ظ): (نقلنا).

(٣) قوله: (إذا) ليس في (ز) و(ظ).

(٤) قوله: (أنه) ليس في (أ).

(٥) من قوله: (وشهدت أخرى) إلى هنا ليس في (ظ).

فإن ذكر الآخران: «أنه[١] رجع عن الأول، وأوصى لبكر بالثلث»، سلم له الثلث[٢]، ويستوي في الرجوع شهادة الوارث والأجنبي، إذا جرى ذكر البدل.

ولو شهد اثنان «أنه رجع عن وصية بكر أيضاً، وأوصى بالثلث لعمرو»، سلم الثلث إليه.

ولو شهد اثنان «أنه أوصى بالثلث لزيد[٣]»، واثنان «أنه أوصى به[٤] لبكر»، ثم شهد اثنان «أنه رجع عن إحدى الوصيتين»: فإن عيّنا المرجوع عنها ثبت الرجوع، وكان الثلث كله للآخر.

وفي «كتاب القاضي ابن كج»: أن أبا الحسين قال: لا يكون للثاني إلا السدس؛ لأنه إذا أوصى بالثلث لهذا، وبالثلث لهذا[٥]، فكأنه أوصى بالسدس لكل واحدٍ منهما.

وإنما يسلم الثلث للآخر إذا ثبت أن وصيته وقعت بعد الرجوع عن الوصية الأخرى.

وإن لم يعين شاهدا الرجوع[٦] الوصية المرجوع عنها، نص في «المختصر»: أن الثلث يكون بينهما.

ولم ذلك؟ قال أكثر الأصحاب: لأنهما أبهما الرجوع، والإبهام يمنع قبول الشهادة، كما لو شهدا «أنه أوصى لأحد هذين العبدين» أو «لفلان كذا على أحد هذين الوجهين».

---

(١) قوله: (أنه) ليس في (أ).

(٢) في (ز): (الثلث إليه).

(٣) في (أ) و(ظ): (لهذا).

(٤) قوله: (به) ليس في (أ).

(٥) من قوله: (فإن عيّنا المرجوع) إلى هنا ليس في (ظ).

(٦) في (أ) و(ي) و(ظ): (شاهد الرجوع).

وإذا لم تقبل شهادة الرجوع، والورثة لا تجيز أكثر من الثلث، يكون الثلث بينهما.

وقال بعضهم ـ واختاره القفال ـ: هذه الشهادة مقبولة؛ لتعيين[1] الوارث المشهود له، وتعين[2] المشهود عليهما.

وإن وقع إبهام، فالوصية تحتمل الجهل[3] والإبهام، فيقسم[4] الرجوع بينهما، ويجعل كأنه رد وصية كل واحدٍ منهما إلى السدس.

وتظهر فائدة الخلاف فيما إذا شهدت بينةٌ: «أنه أوصى لزيد بالثلث»، وأخرى «أنه أوصى بالسدس»، وأخرى: «أنه رجع عن إحدى الوصيتين» وهي الصورة المذكورة في الكتاب، فعلى ما ذكره أكثرهم: لا تقبل شهادة الرجوع المبهم، ويدفع إلى كل واحد منهما السدس.

وعلى ما اختاره القفال: تقبل، ويجعل كأنه رجع عن نصف كل وصية، فيدفع إلى كل واحد منهما نصف سدس.

واعلم أن هذه الكتب الثلاثة (أدب القضاء، والشهادات، والدعاوى والبينات) يتعلق بعضها ببعض، وقد يتفق لذلك المداخلة في مسائلها. وإذا يسر الله تعالى الفراغ من شرح ما في «الكتاب» من ثلاثتها، فإنا نرى ختمها ببابين:

أحدهما: في مسائل وصور تدخل في هذه الكتب، منها ما هي كالشهادة عن الأصول المذكورة فيها، ومنها ما هي متخرجة[5] عليها، لكن التنصيص عليها يفيد الدُّربة، ويهذب الأصول.

---

(١) في (أ) و(ز): (لتعين)، وفي (ظ): (فتعين).

(٢) في (أ) و(ي): (وعين).

(٣) في (أ) و(ي) و(ظ): (الرجوع).

(٤) في (أ): (يقسم)، وفي (ي) و(ظ): (ينقسم المرجوع).

(٥) في (ي): (مستخرجة)، وفي (ظ): (مخرجة).

والباب الثاني: في دعوى[١] النسب، وقد أورده في «الكتاب»، وله ارتباط بهذه الكتب من حيث إنه نوع ادعاء، لكنه لا يحتاج إلى البينة من حيث إن القائف شبيهٌ بالحاكم.

أما الباب الأول، فنأتي بالمسائل منثورة، ونقول مستوفقين من الله تعالى:

ـ يوم الجمعة كسائر الأيام في إحضار من يطلب إحضاره مجلس الحكم. نعم، إذا صعد الخطيب المنبر، فلا يحضر أحدٌ إلى الفراغ من الصلاة. واليهودي يحضر يوم السبت، ويكسر سبته عليه[٢].

ـ شهد اثنان «أنه غصب كذا» أو «سرقه[٣] غدوة[٤]»، وآخران: «أنه سرقه» أو «غصبه عشية»، فتتعارض البينتان، ولا يُحكم بواحدة منهما، بخلاف ما لو شهد شاهد هكذا، وآخر هكذا، حيث يحلف المدعي مع أحدهما، ويأخذ الغرم؛ لأن الشاهد الواحد ليس بحجة حتى يفرض تعارضٌ.

ـ شهد شاهد على «إتلاف ثوب قيمته ربع دينارٍ»، وآخر على إتلاف ذلك الثوب بعينه، وقال: «قيمته ثمن دينار»، يثبت الأقل، وللمدعي أن يحلف مع الآخر.

ـ ولو شهد اثنان على «إتلاف ثوب قيمته ربع دينار[٥]»، وشهد آخران[٦] على «أنه أتلف ذلك الثوب، وقيمته ثمن»، يثبت الأقل أيضاً؛ لأنه المتفق عليه، وأما الزيادة فالبينتان متعارضتان فيها. وبهذا قال أحمد[٧].

---

(١) في (ظ): (دعوة).

(٢) في (أ) و(ي) و(ظ): (عليه سبته).

(٣) في (ظ): (وسرقته).

(٤) غُدوة ـ بالضم ـ: البُكرة، ما بين صلاة الغداة وطلوع الشمس.

(٥) قوله: (دينار) ليس في (ز) و(ظ).

(٦) في (أ): (وآخر على إتلاف ذلك الثوب بعينه، وقال: قيمته ثمن دينار).

(٧) انظر: «المقنع» ص٣٤٢.

وقال أبو حنيفة[١]: يثبت الأكثر عليهما[٢].

ـ ولو شهد اثنان على «أن وزن الذهب الذي أتلفه دينار»، وآخران على «أن وزنه نصف دينار»، يثبت الدينار؛ لأن مع الشاهدين به[٣] زيادة علم، بخلاف الشهادة على القيمة، فإن مدركها الاجتهاد، وقد يقف شاهد القليل على عيبٍ به.

ـ ادعى عبداً في يد رجلٍ، وأقام بينة: «أنه ولدُ أمتِهِ، ولدته في ملكه»، نص[٤]: أنه لم يقض[٥] له بهذه البينة، فربما ولدته قبل أن يملكها[٦].

وإن قال: «إنه ولد أمته، ولدته في ملكه»، نصَّ رضي الله عنه: أنه يقضى له بهذه البينة، لكنها شهادة بملك سابقٍ، وهو الملك يوم الولادة.

وقد سبق أن البينة على «أنه كان[٧] ملكه»، لا يقضى بها في أصح القولين، فخرج ابن سريج قولاً هاهنا أيضاً[٨].

وامتنع سائر الأصحاب عنه[٩]، وفرقوا بأن النماء تابعٌ للأصل، فإذا تعرضت البينة لملك الأصل تبعه النماء في الملك.

---

(١) انظر: «الهداية» (٣/ ١٣٤).

(٢) قوله: (يثبت الأكثر عليهما) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

(٣) قوله: (به) ليس في (ظ).

(٤) قوله: (ولدته في ملكه، نص) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

(٥) في (ز): (أنه يقضى).

(٦) في (أ) و(ي): (ملكها).

(٧) قوله: (كان) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

(٨) قوله: (أيضاً) ليس في (ز).

(٩) في (ز): (منه).

ألا ترى أنه إذا قامت البينة على «ملك الشيء منذ سنةٍ» يأخذه المدعي مع زوائده[١] في السنة[٢]، وهناك الشهادة على الأصل، فاعتبر[٣] التعرض للملك في الحال، لكن صورة الاستشهاد قامت الشهادة على ملك الأصل في الحال، وأرخت الملك، وليس قولهم: «ولدتهُ في ملكه»، إثبات ملك الأصل في الحال.

ـ ولو شهدوا «أن هذه الشاة نتجت في ملكه، وهذه الثمرة حصلت من شجرته في ملكه»، فهو كقولهم: «ولدته أمته في ملكه»، ولا يكفي أن يقولوا: «هذه نتاج شاته، وثمرة شجرته».

ـ ولو شهدوا[٤] «أن هذا الغزل من قطنه» أو «الفرخ[٥] من بيضه» أو «الدقيق من حنطته» أو «الخبز من دقيقه»، كفى؛ لأن ذلك عين ملكه تغيرت صفته[٦]، بخلاف ولد الجارية، وثمرة الشجرة.

ـ أقام بينة على «رق شخص»، وأقام المدعى عليه بينة على «أنه حرُّ الأصل»، فبينة المدعي أولى؛ لأن معها زيادة علم، وهي إثبات الرق[٧].

ـ ادعى «ديناً على إنسان»، وشهد له شاهدان، لكن ذكر أحدهما موصولاً بشهادته: «أنه قضاه» أو «أن المستحق أبرأه»، فشهادته باطلة؛ للتضاد[٨].

---

(١) في (أ) و(ي) و(ظ): (زيادة).

(٢) في (ز): (البينة).

(٣) في (ظ): (واعتبر).

(٤) في (أ): (شهد).

(٥) في (ظ): (الفروج).

(٦) في (ي) و(ظ): (تغير وصفه).

(٧) انظر: بهامش «العزيز» (١٣/ ٢٨٢)، و«الروضة» (١٢/ ١٩٠).

(٨) في (ظ): (للقضاء).

وإن ذكره مفصولاً عن الشهادة، فإن كان بعد الحكم، لم يؤثر، وللمدعى عليه أن يحلف معه على القضاء أو الإبراء.

وإن كان قبل الحكم، سُئِلَ متى قضاه؟ فإن قال: «قبل أن شهدت»، فقد أقرّ ببطلان شهادته، وللمدعي أن يحلف مع الشاهد الآخر.

وإن قال: «بعد أن شهدت»[١]، فالجواب كذلك[٢] عند صاحب «التلخيص».

وذكر فيما إذا شهد على إقراره بالدين شاهدان، ثم عاد أحدهما، وقال: «إنه قضاه» أو «أبرأه المستحق بعد أن شهدت»: أن شهادته لا تبطل، بل يقضى بالدين، ويؤخذ، إلا أنْ يحلف المدعى عليه مع شاهد القضاء والإبراء.

والفرق: أن هناك شهد على نفس الحق، والقضاء والإبراء ينافيانه، فبطلت الشهادة. وهاهنا شهد على الإقرار، والقضاء والإبراء لا ينافيانه، فلا تبطل الشهادة.

وعن ابن زيد وجهٌ[٣]: أن شهادته على نفس الحق لا تبطل أيضاً، والظاهر الفرق.

ـ ويقرب من هذا الخلاف، الخلاف فيما إذا «ادعى ألفاً»، وشهد شاهدان «بألف[٤]»، لكن قال أحدهما: «قضى منه خمسمئة»:

ففي وجه: لا تصح شهادتهما إلا في خمسمئة. نعم، للمدعي أن يحلف للخمسمئة الأخرى مع الشاهد الآخر.

وفي وجهٍ: تصح شهادتهما على الألف، وللمدعى عليه أن يحلف مع شاهد القضاء.

---

(١) من قوله: (فقد أقر) إلى هنا ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

(٢) في (أ) و(ي) و(ظ): (فكذلك الجواب).

(٣) في (أ): (أوجهٌ أخر).

(٤) في (ظ): (بألف مؤجل).

وذكر الفوراني وجهاً آخر: أنه لا يثبت بشهادتهما شيء؛ لأنهما لم يتفقا على ما ادعاه.

ـ ويقرب من الخلاف، قولان لابن سريج، فيما إذا شهد اثنان: «أن فلاناً وكل فلاناً»، ثم عاد أحدهما، وقال: «إنه عزله بعد أن شهدت»[١]، ففي قولٍ: تبطل شهادته.

وفي قول: قد تمت شهادة[٢] الوكالة، فيعمل بها، والعزل لا يثبت بواحد.

ـ ادعى شريكان فصاعداً «حقاً على إنسان»، فأنكره، يحلف لكل واحد يميناً، فإن مضى الكل بيمين واحدة فوجهان:

في أحدهما: يجوز؛ لأن الحق لهم.

وفي الثاني: لا يجوز، كما لا يجوز الحكم بشاهد واحدٍ، وإن رضي الخصم[٣].

ـ شهد اثنان على «أن الميت أوصى بعتق غانم، وهو ثلث ماله»، فحكم الحاكم بعتقه، ثم رجعا عن الشهادة. وشهد آخران «أنه أوصى بعتق سالم، وهو ثلث أيضاً»، ولم يجز الورثة إلا الثلث، حكى في «التهذيب»[٤]: أنه يقرع بينهما، فإن خرجت للأول رُقّ الثاني، والراجعان يغرمان قيمة الأول للورثة؛ لإقرارهما بأنهما أتلفاه عليهم، وإن

---

(١) ورد بهامش «العزيز» (١٣/ ٢٨٣): «قال في «الخادم»: كذا ثبت في عدة نسخ ـ أي من «الرافعي» ـ (بعد أن شهدت)، وصوابه: «قبل أن شهدت»، حتى يبقى وزان الصورة الأولى، وإلا لم يصح الفرق بينهما، وهذا واضح».

(٢) في (ز): (تمت تثبت شهادته).

(٣) قال النووي في «الروضة» (١٢/ ٩١): «قلت: الأصح: المنع».

(٤) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٣١١).

خرجت للثاني عتق ورُقَّ الأول، ولا غُرم على الراجعين، لأنهما لم[1] يتلفاه إذا أرقناه[2].

قال: وعندي يعتق الثاني بلا قرعةٍ، وعلى الراجعين قيمة الأول للورثة؛ لأنا لو أقرعنا فخرجت القرعة للأول وأرقناه[3] الثاني، لم يذهب شيء من التركة[4] في الوصية.

ـ شهد أحد الشاهدين «أنه وكله بكذا»، والآخر: «أنه فوضه إليه» أو «سلطه عليه»، تثبت الوكالة.

ولو شهد أحدهما: «أنه قال: وكلتك بكذا»، والآخر: «أنه قال: فوضته إليك»، لم يثبت.

ولو شهد أحدهما: «أنه وكله»، والآخر: «أنه أقر بوكالته»، لم يثبت شيء[5].

ولو شهد أحدهما: «أنه وكله بالبيع»، والآخر: «أنه وكله بالبيع، وقبض الثمن»، ثبت البيع.

ـ ادعى رجل على رجل: «أنه اشترى منه هذا العبد، ونقدهُ[6] الثمن، وأعتقه» وأقام عليه بينة، وادعى آخر: «أنه اشتراه، ونقد الثمن»، وأقام عليه بينة: فهما متعارضتان، وذكرُ العتق لا يقتضي ترجيحاً.

وفيه وجه؛ لأن العتق كالقبض.

---

(١) من قوله: «أتلفاه عليهم» إلى هنا أثبتناه من (ز). (م ع).

(٢) في (ي): (أرفقناه).

(٣) في (ي): (وأرفقنا).

(٤) في (أ) و(ي) و(ظ): (من التركة شيء).

(٥) من قوله: (ولو شهد أحدهما أنه وكله) إلى هنا ليس في (ظ).

(٦) في (ز): (نقد).

وعن[1] نصه رضي الله عنه ـ في «الأم»[2] ـ: أنه لو «ادعى دابة في يد غيره»، وأقام بينة «أنها له منذ عشر سنين»، فنظر الحاكم في سن الدابة، فإذا لها ثلاث سنين، لم تقبل هذه البينة[3]؛ للعلم بأنها كاذبة.

وإن المسنّاة الحائلة بين نهر شخصٍ، وأرض آخر في يدهما[4] كالجدار الحائل؛ لأن الأول يجمع بها الماء في نهره. والثاني يمنع بها الماء عن أرضه.

ـ ادعى «مئة درهم» على إنسان فقال: «قضيت خمسين»، لم يكن مقراً بالمئة. وكذا لو قال: «قضيت منها خمسين»؛ لجواز أن يزيد من المئة التي يدعيها، وليس على غير الخمسين.

ـ اختلف الزوجان في متاع البيت: إن كان لأحدهما بينةٌ، قضي بها. وإن لم تكن بينة: فما اختص أحدهما باليد عليه حساً أو حُكماً بأن كان في ملكه، فالقول قوله مع يمينه.

وما كان في يدهما حساً، أو كان في البيت الذي يسكنانه، فلكل واحد منهما تحليف الآخر فيه[5]: فإن حلفا[6] جعل بينهما. وإن حلف أحدهما دون الآخر، قضي للحالف[7].

---

(١) في (ز): (عن) دون واو.

(٢) «الأم» للشافعي (٦/ ٢٥٣).

(٣) في (ظ): (الشهادة).

(٤) في (ظ): (في يدهما بينهما).

(٥) قوله: (فيه) ليس في (ظ).

(٦) في (ظ): (حلف).

(٧) في (ز): (قضي له).

ولا فرق بين أن يكون الاختلاف في دوام الزوجية أو بعد الفراق، ولا بين أن يختلفا هما أو ورثتهما، أو أحدهما وورثة الآخر، ولا بين ما يصلح للزوج كالسيف والمنطقة، أو للزوجة كالحُليِّ والغزل، أولهما.

وساعدنا أبو حنيفة[1] فيما في يدهما حساً.

وقال فيما في يدهما حكماً: إن ما يصلح للرجل، يجعل في يد الرجل، وما يصلح للمرأة يجعل في يد المرأة، وما يصلح لهما: فيروى[2] أنه يجعل في يدهما. ويروى[3]: أنه يجعل في يد الزوج.

هذا في حال بقاء الزوجية، وبعد الفراق يُجعلُ للزوج، وإذا مات أحدهما يجعل للحي.

ـ مالك الدار وساكنها بالإجارة، اختلفا في متاع الدار، فالقول فيه قول الساكن، فإن تنازعا في رفّ فيها، نظر: إن كان[4] مسمراً أو مثبتاً، نص رضي الله عنه: أنه يجعل بينهما، بخلاف الأمتعة؛ لأن مالك الدار إذا أكرى الدار، تنقل الأمتعة ظاهراً، والرف تارة ينقل، وتارة يترك، وكلٌّ محتِملٌ.

ـ تنازعا أرضاً، لأحدهما فيها زرعٌ وبناءٌ أو غراسٌ فهي في يده، أو دابة أو جارية حاملاً والحمل لأحدهما بالاتفاق فهي في يده، أو دارٌ لأحدهما فيها متاع فهي في يده، فإن لم يكن المتاع إلا في بيت، لم يجعل في يده إلا ذلك البيت. هكذا ذكروه.

---

(١) انظر: «الهداية» (٣/ ١٧٣)

(٢) في (ظ): (فيروى عنه).

(٣) في (ظ): (فيروى عنه).

(٤) في (ظ): (كان ذلك).

ـ ولو تنازعا عبداً، ولأحدهما عليه ثيابٌ، لا يجعل صاحب يد في العبد؛ لأن منفعة الثوب الملبوس[١] تعود إلى العبد، لا إلى المدعي.

ـ مدعيان، قال أحدهما: «استأجرت هذه الدار من زيدٍ سنة في[٢] أول رمضان»، وقال الثاني: «استأجرتها منه سنة من أول شوال»، وأقام كل واحدٍ منهما بينة، قال في «الإبانة»: فيه قولان:

أظهرهما ـ وهو المذكور في «التهذيب»[٣] وغيره ـ: أن بينة رمضان أولى؛ لأنها أسبق تاريخاً.

والثاني: بينة شوال أولى؛ لأنها ناسخة للأولى.

ويحتمل أنهما تقابلا، واستأجر الثاني في شوال. وليجيء هذا في بينتي البيع على ضعفه.

ـ قامت بينة على «أن هذا ابنه، لا يعرف له وارثاً سواه» وبينة الآخر على «أن هذا ابنه، لا يعرف له وارثاً سواه»[٤]، يثبت نسبهما؛ فلعل[٥] كل واحدة اطلعت على ما لم تطلع عليه الأخرى.

وفيما جمع من «فتاوى القفال»، وغيره:

ـ أن الضيعة إذا صارت معلومة بثلاثة[٦] حدود، جاز الاقتصار على ذكرها،

---

(١) في (أ): (الملبود).

(٢) في (ز): (من).

(٣) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٣٤٣).

(٤) من قوله: «وبينة الآخر» إلى هنا أثبتناه من (ز). (م ع).

(٥) في (أ) و(ي): (لكل).

(٦) في (ظ): (بثلاث).

وهذا خلاف ما نقلناه في باب القضاء على الغائب، عن إطلاق ابن القاص.

قال: لكن[١] لو ذكر الشهود الحدود الأربعة، وأخطأوا في واحدٍ، لا تصح شهادتهم. وترك الذكر خير من الخطأ؛ لأنهم إذا أخطؤوا لم تكن بتلك[٢] الحدود ضيعة في يد المدعى عليه.

وإذا غلط المدعي، فقال المدعى عليه: «لا يلزمني تسليم دارٍ بهذه الصفة»، كان صادقاً، ولو حلف كان باراً.

وإن لم ينكر، وقال: «لا أمنعه الدار التي يدعيها»، سقط دعوى المدعي، فإن ذهب إلى الدار التي في يده ليدخلها، فله أن يمنعه، ويقول: «هي غير[٣] ما ادعيت».

فأما عند الإصابة في الحدود، إذا قال: «لا أمنعك منها»، لم يكن له المنع إذا ذهب ليدخلها.

فإن قال: «ظننت أنه غلط في الحدود»، لم يقبل.

ولو قال: «إنما قلت: لا أمنعك؛ لأن الدار لم تكن في يدي يومئذٍ، ثم صارت في يدي وملكي»، قبل منه، وكان له المنع إذا حلف عليه.

ـ وفيه أن دعوى العبد على سيده «أنه أذن له في التجارة»، لا تسمع إن لم يشتر ولم يبع شيئاً.

وإن اشترى ثوباً، وجاء البائع يطلب الثمن من كسبه، فأنكر السيد الإذن، فللبائع أن يحلفه على نفي الإذن، فإن حلف، فللعبد أن يحلفه مرة أخرى، ليسقط الثمن عن ذمته.

---

(١) في (ز): (لكن قال).

(٢) في (ي) و(ظ): (بذلك).

(٣) قوله: (غير) ليس في (ظ).

وإن باع العبد[1] عيناً وقبض الثمن وهلك في يده، وجاء المشتري يطلب تلك العين، فقال السيد: لم آذن له في البيع، حلف، فإن حلف حكم ببطلان البيع، وللعبد تحليفه لإسقاط الثمن عن ذمته.

ـ وأنه لو ادعى «ألفاً[2] على غيره»، وأقام شاهداً، وأراد أن يحلف معه، فأقام المدعى عليه شاهداً «بأن المدعي أقرّ: أنه لا حقَّ له عليه»، له أن يحلف مع شاهده، وإذا حلف، سقط دعوى المدعي.

ـ وأنه يجوز للمالك أن يدعي على الغاصب[3]، وعلى الغاصب من الغاصب، فإن ادعى على الأول: «أنه يلزمه ردُّ الثوب بصفة كذا» أو «قيمته كذا»، فليس للغاصب[4] أن يحلف على «أنه لا يلزمه»؛ لأنه إن قدر على الانتزاع، لزمه الانتزاع والرد، وإلا فعليه القيمة.

ـ وأنهم لو شهدوا على «أن هذه الدار اشتراها المدعي من فلانٍ، وهو يملكها»، ولم يقولوا «أنها الآن ملك المدعي»، ففي قبول هذه الشهادة قولان، كما لو شهدوا: «أنها كانت ملكه بالأمس[5]»، والمفهوم من كلام الأكثرين: أنها مقبولة كافية.

ـ وأنه إذا ادعى على إنسان حق القصاص بقتل نسبه إليه، وكان عند الحاكم أنه لا قصاص بذلك، فجاء رجل، وروى خبراً عن رسول الله ﷺ أنه يوجب القصاص[6]، فاقتص الحاكم منه، ثم رجع الراوي، وقال: «كذبت، وتعمدت»، لم يجب القصاص عليه، بخلاف الشهادة؛ لأن الرواية لا تختص بالواقعة.

---

(١) في (أ): (السيد)، وفي (ظ): (السيد عبداً)، وفي (ي): (عيناً للسيد).
(٢) في (أ): (القاضي).
(٣) كذا في جميع النسخ، وفي «الروضة» (١٢/ ٩٤): «الغائب».
(٤) في (ظ): (على الغاصب).
(٥) في (ظ): (لأمس).
(٦) من قوله: (بقتل نسبه إليه) إلى هنا ليس في (ظ).

ـ وأنه إذا غصب المرهون من المرتهن، كان لكل واحدٍ من الراهن والمرتهن أن يدعيه على الغاصب، والراهن يقول في دعواه: «إن لي ثوباً كنت رهنته من فلان، وأنه غصبه[١] منه، ويلزمه الرد إلي».

ولو اقتصر على قوله: «إن لي عنده ثوباً صفته كذا، ويلزمه التسليم إلي»، جاز، ولا بُعْدَ في أن يقول: «ويلزمه التسليم إليَّ»[٢]، فإن يد المرتهن يد الراهن، ولهذا لو نازعه منازعٌ في المرهون، كان القول قول الراهن، وإن كان المرهون في يد المرتهن؛ لأن يده يده.

ـ وأن الغريب الذي دخل البلد، لا تجوز الشهادة على «أنه حرُّ الأصل»، وإنما تجوز الشهادة على «أن فلاناً حرُّ الأصل» إذا عرف حال أبيه وأمه، وعُرِفَ النكاح وحدوثه بينهما.

وتجوز الشهادة وإن لم يشاهد الولادة، كما تجوز الشهادة على «أنه ابن فلان».

ـ وأنه إذا ادعى «داراً في يدي رجل[٣]»، وأقام بينة «أنه اشتراها منه»، وأقام صاحب اليد بينة «أنه وهبها منه»، ولم تتعرض البينتان لتاريخ[٤]، فيتعارضان.

ولهذا الاختلاف أثرٌ عظيم[٥] عند ظهور الاستحقاق، وإذا وجد عيباً وأراد رده، واسترداد الثمن.

---

(١) في (ي): (غصبت).

(٢) من قوله: (ولا بعد) إلى هنا ليس في (أ).

(٣) في (ز): (يد إنسان).

(٤) قوله: (ولم تتعرض البينتان لتاريخ) ليس في (ز)، وفيها بدلًا منه: (فإن أرخت البينتان حكم بالآخر، وإن أطلقتا).

(٥) قوله: (عظيم) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

ـ وأنه إذا ادعى «داراً في يد إنسان»، وأقام بينة «أنها ملكه»، وجاء آخر يدعيها، وأقام بينة على «أنه اشتراها من فلان ـ رجل آخر ـ يوم كذا»، ولم يقولوا: «إنه كان يملكها يومئذ»، لكن[١] أقام بينة أخرى «أنه كان يملكها يومئذٍ»، سمعت هاتان البينتان وصارتا كبينة واحدةٍ، فيحصل التعارض ببينهما[٢] وبين بينة المدعي الأول.

ـ وأنه إذا «ادعى داراً»، وأقام بينة على «أنها ملكه»، وانتزعها من يدي المدعى عليه، وجاء آخر ـ بعد مدة طويلة أو يسيرة ـ يدعيها، وأقام بينة على «أنه اشتراها من المدعى عليه الذي[٣] كانت الدار في يده، و[٤]كان يملكها يومئذ»، يقضى بالدار لمدعي الشراء[٥]، وكان كما لو أقام صاحب اليد البينة قبل الانتزاع من يده[٦].

ـ وأنه إذا «ادعى اثنان داراً في يد ثالث»، فأقام أحدهما بينة «أنها ملكه»، ثم أقام الثاني بينة على «أنه اشتراها من المدعي الأول»[٧]:

فإن قامت بينة الثاني بعد القضاء للمدعي الأول ببينته، فيقضى للثاني على الأول، ولا يشترط أن يقول شهوده «اشتراها من الأول، وهي ملكه».

وإن قامت قبل القضاء للأول:

---

(١) قوله: (لكن) ليس في (أ).

(٢) في (ي): (بينها).

(٣) في (ز): (التي).

(٤) قوله: (كانت الدار في يده و) ليس في (ظ).

(٥) قوله: (المدعي الشراء) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

(٦) في (أ) و(ي) و(ظ): (منه).

(٧) من قوله: (فأقام أحدهما) إلى هنا ليس في (ظ).

فإن قالوا: «اشتراها منه، وهو يملكها»، انتزعت الدار[١] من صاحب اليد، وقضي بها للثاني.

وإن لم يتعرضوا للملك، فلا يقضى بها للثاني[٢] ما لم يقض للأول بالملك، ولكن تسمع بينة الثاني على الأول، وإن لم يقض له بعد.

وهذه المسألة قد حكيناها، وهذا التفصيل كالشرح، والإيضاح لما مر.

ـ وأنه لو كانت في يد رجلٍ دار، فادعى إنسان «أنه اشتراها من ثالث، بعد ما اشتراها الثالث من صاحب اليد»، وأنكر صاحب اليد، فله أن يقيم بينة على البيعين[٣]، وله أن يقيم على هذا[٤] بينة، وعلى هذا بينة، ولا بأس بما يتفق من التقديم والتأخير.

ـ وأنه إذا أراد الشهود إقامة الشهادة على شراء دارٍ قد تبدلت حدودها من[٥] يوم الشراء، يشهدون «أنه اشترى داراً منذ عشر سنين مثلاً، من فلان، وهو يملكها، وكان يومئذٍ ينتهي أحد حدودها إلى كذا، والثاني: إلى كذا».

ثم على المدعي أن يقيم البينة على كيفية تبدل تلك الحدود، فيشهد الشهود «بأن الدار التي كانت في يد فلان انتقلت إلى فلان، والتي كانت في يد فلان انتقلت إلى فلان» حتى يقضى له.

---

(١) قوله: (انتزعت الدار) ليس في (أ).

(٢) قوله: (للثاني) ليس في (أ).

(٣) في (أ): (التعيين).

(٤) قوله: (هذا) ليس في (أ).

(٥) في (ي): (في).

ـ وأنه إذا ادعى «داراً في يد غيره»، وأقام بينة على «أنها ملكه»، فقال القاضي: «عرفت[١] هذه الدار ملكاً لفلان، وقد مات وانتقلت إلى وارثه»، فأقام بينة على تملكه منه، فله ذلك، وتندفع بينته. وليكن هذا جواباً على أنه يقضي له بعلمه.

ـ وأنه لو ادعى «داراً في يد غيره»، وقال المدعى عليه: «ليست الدار في يدي، ولا أَحُولُ بينك وبينها»، فقد أسقط الدعوى عن نفسه، فيذهب المدعي إلى الدار: فإن لم يدفعه أحد، فذاك. وإن دفعه، ادعى على الدافع.

فإن قال المدعي: «إنه يكذبُ في قوله: إن الدار ليست في يدي وإني غير حائل»، لم يلتفت إليه.

ـ وأنه لو باع داراً، ثم قامت بينة الحسبة: «أن أبا البائع قد وقفها وهو يملكها على ابنه البائع، وبعده على الأولاد، ثم على المساكين»، انتزعت الدار من المشتري، ويرجع بالثمن على البائع.

والغلة الحاصلة في حياة البائع تصرف إلى[٢] البائع إن كذب نفسه وصدق الشهود.

وإن أصرَّ على إنكار الوقف، لم تصرف إليه، بل يوقف، فإن مات صُرِفَ إلى أقرب الناس إلى الواقف.

ولو ادعى البائع «أنه وقف»، لم تسمع بينته، والتقييد بالبينة يشعر بأنه تسمع دعواه، وله أن يحلف الخصم. وذكر العراقيون: أنه تسمع بينته أيضاً، إذا لم يصرح «بأنه ملكه»، بل يقتصر على البيع.

---

(١) في (ز): (أنا عرفت).

(٢) في (ظ): (على).

ـ وفي «التجربة» للروياني: أنه لو باع شيئاً، ثم قال: «بعته وأنا لا أملكه، ثم ملكته[1] بالإرث من فلان»، فإن قال حين باع[2]: «إنه ملكه»، لم تسمع دعواه، ولا بينته.

وإن لم يقل ذلك بل اقتصر على قوله: «بعتك»، سمعت دعواه.

وإن لم تكن له بينةٌ، حلف المشتري: «أنه[3] باعه وهو يملكه[4]»، قال: وقد نصّ رضي الله عنه عليه في «الأم»[5]، وغلط من قال غيره.

وكذا لو ادعى: «أن المبيع وقف عليه».

ـ سئل القاضي حسين، عن كيفية الشهادة على التحديد، فقال بالفارسية: «نهفته أو را ندانم بـگرمابه وعروسي ومصيبتها ونظاره وبه بازار نرود»[6] إلا عند الحاجة والضرورة.

ـ وفي «فتاويه»: أنه لو «ادّعى عليه عشرة»، فقال: «لا يلزمني تسليم هذا المال اليوم»، لا يُجعل[7] مقراً به؛ لأن الأقارير لا تثبت بالمفهوم.

وإن بينتي الوقف والملك تتعارضان كبينتي الملك.

---

(١) قوله: (ملكته) ليس في (ظ).

(٢) في (ظ): (باعه هو).

(٣) في (ز): (لقد).

(٤) في (ز): (ملكه).

(٥) «الأم» للشافعي (٦/ ٢٥٣-٢٥٤).

(٦) «جملة بالفارسية ومعناها: «لا أعلم سرّه، لكنّه لا يذهب إلى الحمّام والعُرْس ومجالس النواح والفرجة والسّوق» إلا عند الحاجة والضرورة.

ولعلّ القصد من ذكر هذه الأماكن تحديداً أنّ الذهاب إليها دون حاجة أو ضرورة مظنة لخرم المروءة والله أعلم. (م ع).

(٧) قوله: (لا يجعل) ليس في (أ).

ـ وأنه إذا ماتت امرأة وخلفت زوجاً وأخاً وأختاً، فادّعى الزوج «أن التركة كلها له»، يجعل المال نصفين: أحدهما: للزوج بحكم اليد، والثاني: للميتة.

إلا أن النصف الذي يجعل في يد الزوج، إنما يجعل بعد اليمين؛ لاحتمال أنها لو كانت حيةً لادعت الكل، وحلف الزوج.

فإن كان الأخ غائباً، والأخت حاضرة، يحلف في حق الأخت. فإذا رجع الأخ، حلف أيضاً.

فإن أقامت الأخت بينة على «أن الكل لها، ولأخيها»، سمعت بينتها، وثبت حق الأخ.

ـ وإن من حبسه القاضي، لم يجز إطلاقه إلا برضا خصمه، أو بثبوت إعدامه، وإذا ثبت أطلقه وإن لم يرض الخصم.

وإذا أطلقه برضا الخصم، فأراد إقامة البينة على إعدامه، لم تسمع؛ لأنه لا حبس عليه والحالة هذه، بخلاف ما إذا كان مستحقاً عليه.

وإن حق[1] إجراء الماء في أرض الغير، أو على سطحه، أو طرح الثلج في ملكه، تجوز الشهادة عليه إذا رآه مدة مديدة من غير مانع[2]، ولا يكفي أن يقول: «رأينا ذلك سنين»، وإن كان ذلك مستندُ شهادتهم.

ـ سُئِلَ الشيخ أبو إسحاق الشيرازي: عن رجلين تنازعا في حصة، ادعى أحدهما: «أنها ملكٌ له»، وأقام بينة عليه. وادعى الآخر «أنها وقف عليه[3]»، ولم يُقِمْ عليه بينة، فحكم الحاكم لمدعي الملك.

---

(١) في (أ) و(ز): (عليه بينة).

(٢) انظر هامش «العزيز» (١٣/ ٢٩٠).

(٣) قوله: (عليه) ليس في (أ) و(ظ).

ثم تنازع فيها مدعي الملك، وآخر يدعي وقفها[١]، فأقام مدعي الملك البينة على «حكم الحاكم له بالملك فيها»، وأقام مدعي الوقف البينة على «الوقفية»، فرجح الحاكم[٢] بينة الملك؛ ذهاباً إلى أن الملك الذي حكم به، يتقدم على الوقف الذي لم يحكم به.

ثم تنازع مدعي الملك فيها مع آخر يدعي وقفها[٣]، وأقام مدعي الملك البينة على «حكم الحاكم له بالملك، وتقديم جانبه»، وأقام الآخر البينة على «أن الوقف الذي يدعيه، قد قضي بصحته قبل الحكم بالملك وترجيحه[٤] على الوقف»، هل يزيد[٥] حكم الحاكم بذلك؟

فقال: نعم، يقدم الحكم بالوقف على الحكم بالملك[٦]، وينقض الحكم بالوقف للحكم بالملك.

ـ وسئل عمن اشترى ضيعة، وبقيت في يده مدة، فخرجت الضيعة وقفاً وانتزعت، هل عليه أجرة المثل للمدة التي كانت في يده؟ فقال: نعم.

ـ وسئل عن رجل وقف ملكاً، وأقر «أن حاكماً حكم بصحته»، ولم يسم الحاكم، ولا عيّنهُ، ثم رجع عنه، ورفع الأمر إلى حاكمٍ[٧] يرى جواز الرجوع. هل له الحكم بنفوذ الرجوع؟ فقال: لا.

---

(١) في (أ): (أوقفتها).

(٢) في (ظ): (فترجح).

(٣) في (ظ): (وقفتها).

(٤) في (ظ): (مترجحة).

(٥) في (ي): (يرتد).

(٦) انظر: هامش «العزيز» (١٣/ ١٩١).

(٧) في (أ): (الحاكم).

ـ وفي «فتاوى صاحب الكتاب»: أنه إذا ادعى «داراً في يد غيره»، فقال المدعى عليه: «اشتريتها من زيد»، فأقام المدعي بينة على «إقـرار زيد له بالدار قبل البيع»، ولم يعرف[1] التاريخ، فقال[2]: تقرر الدار في يد المدعى عليه.

ـ وأنه إذا خرج المبيع مستحقاً، فادعى المشتري «الثمن على البائع»، وقال: «سلمته إليه في مجلس العقد»، فأنكر وأراد إقامة البينة على «أنه لم يقبض منه شيئاً في مجلس العقد»، لم تسمع هذه البينة؛ لأنها على النفي، وإنما تسمع البينة على النفي[3] في مواضع الحاجة، كالإعسار، وقد يقع التسليم على غفلة منه في لحظة يسيرة.

ـ وأنه إذا ادعت المرأة: «أنه نكحها، ثم طلقها» وطلبت شطر الصداق، أو «أنها زوجة فلان الميت» وطلبت الميراث، فمقصودها المال، فيثبت بشاهد ويمين، وبرجل[4] وامرأتين.

ـ وفي «فتاوى الشيخ الحسين الفراء»: أنه إذا ادعى رجل «نكاح امرأة»، فأقرت[5] «بأنها زوجته منذ سنة»، ثم جاء، وأقام بينة «أنها زوجته، نكحها منذ شهرٍ»، يُحكم للمقر له؛ لأنه قد يثبت بإقرارها النكاح الأول[6]، فما لم يثبت الطلاق، لا حكم لنكاح[7] الثاني.

---

(١) في (ظ): (وجهل).

(٢) قوله: (فقال) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

(٣) قوله: (وإنما تسمع البينة على النفي) ليس في (أ).

(٤) في (أ) و(ي) و(ظ): (وبشاهد).

(٥) في (أ) و(ي) و(ظ): (فأقر).

(٦) في (أ) و(ي): (للأول).

(٧) في (ي) و(ظ): (للنكاح).

ـ وأنه إذا تحاكم رجل وامرأة بكر إلى فقيه ليزوجها منه، وجوزنا التحكيم فيه، فقال المحكم: «حكمتني لأزوجك من هذا»، فسكتت، كان سكوتها إذناً. كما لو استأذنها الولي، فسكتت.

ـ وأنه إذا حضر عند القاضي رجل وامرأة، واستدعت تزويجها من الرجل، وذكرت «أنها زوجة فلان، فطلقها» أو «مات عنها»، فلا يزوجها القاضي ما لم تقم حجة على الطلاق أو الموت؛ لأنها أقرت بالنكاح لفلان.

ـ وعن ابن القاص: أن من أنكر الحلف بالطلقات الثلاث، يحلف أنه ما قال لها: «إن دخلت الدار، فأنت طالق ثلاثاً، ولا هي بائن منه بثلاث».

وعن الشيخ أبي زيد: أنه يكفيه الاقتصار على «أنها لم تبن منه بثلاث».

ووجه الأول: بأنه قد يحلف متأولاً على قول حجاج بن أرطأة[1] ومن تابعه: إن الطلقات الثلاث لا تقع مجموعة، أو على قول من يصحح اليمين الدائرة، فيشدد عليه؛ ليتعرض للحادثة[2].

ويجوز أن يقال: يُنظر إلى جوابه إذا ادعت الطلاق، فإن قال: «لم تَبِنْ مني»، كفاه اليمين عليه.

وإن قال: «لم أحلف بطلاقها»، حلف عليه.

---

(١) هو حجاج بن أرطاة بن ثور بن هبيرة ... النخعي الكوفي، أبو أرطاة، الفقيه، أحد الأئمة في الحديث والفقه، من تابعي التابعين، كان بارعاً في الحفظ والعلم، سمع عطاء والشعبي والزهري وغيرهم من التابعين، وروى عنه محمد بن إسحاق وهو تابعي، وغيره. انظر: ترجمته في «تهذيب الأسماء واللغات» (١/ ١٥٢-١٥٣).

(٢) في (ظ): (ليعرض الحادثة).

ـ حكى القاضي أبو سعد العبادي[١]: أن من ادعي عليه وديعة، فقال: «لا يلزمني دفع شيء إليه»، لم يكن هذا جواباً؛ لأن المودع لا يلزمه الدفع، إنما عليه[٢] التخلية.

والجواب الصحيح: أن ينكر أصل الإيداع، أو يقول: «هلكت في يدي» أو «رددتها»، وهذا يخالف ظاهر[٣] كلام الأئمة، ألا ترى أنا نقول فيمن جحد الوديعة، فقامت بينة على الإيداع، فادعى «تلفاً» أو «رداً» قبل الجحود[٤]، ينظر: إن كانت صيغة جحوده: إنكار أصل الوديعة، فالحكم كذا.

وإن كانت صيغة جحوده: «لا يلزمني تسليم شيء إليك»، فالحكم كذا، فإما أن يقدر خلافٌ، أو يؤول ما أطلقوه[٥].

ـ وأنه لو أقام بينة: «أنه أجيرُ فلان لحفظ سفينته هذه بعشرة دراهم»، وأقام صاحب السفينة بينة: «أنه آجرها منه بعشرة دراهم»، فالبينتان متعارضتان.

وعن أبي حنيفة: أن بينة الأجير أولى.

ـ وأنه لو شهد شاهدان: «بأن الكلب ولغ في هذا الإناء، ولم يلغ في[٦] هذا»، وآخران على ضد ذلك، تتعارض البينتان.

---

(١) في (أ): (عن أبي عاصم).

(٢) في (ظ): (إنما يلزمه).

(٣) قوله: (ظاهر) ليس في (ظ).

(٤) في (أ): (المجحود).

(٥) قال النووي في «الروضة» (١٢/ ١٠٠): «الذي قاله ابن القاص صحيح، وتأويل كلامهم متعين، وهو أنهم أرادوا إذا جرى منه هذا اللفظ فحكمه كذا، لأن القاضي يقنع منه بهذا الجواب مع طلب الخصم الجواب. والله أعلم».

(٦) قوله: (في) ليس في (ز).

ولو لم يقولوا: «لم يلغ في هذا الإناء[١]»، فالإناءان نجسان، وهذه شهادة إثبات ونفي. ويمكن أن يصور التعارض من غير التعرض للنفي، بأن يعينا وقتاً لا يمكن فيه إلا ولوغٌ واحدٌ.

ـ وأنه لو شهد شاهدان «بالقتل» على رجل في وقت معين، وآخران: «بأنه لم يقتلْ في ذلك الوقت؛ لأنه كان معنا[٢]، ولم يغب عنا»، تتعارض البينتان.

وقد سبق من نظائر هذا ما يخالفه.

ـ وأن من أراد أن يدعي، ويقيم البينة من غير أن يعترف للمدعى عليه باليد، فطريقه أن يقول: «الموضع الفلاني ملكي، وهذا يمنعني منه تعدياً، فمره يمكني منه».

* * *

(١) قوله: (الإناء) ليس في (أ).

(٢) في (ظ): (عيناً).

قال رحمه الله:

(الباب الثاني: في دِعوة النسب وإلحاق القائف[1])

قال في « الصحاح »[2]: الدِّعوة بالكسر: في النسب، والدَّعوة إلى الطعام: بالفتح، وهو في الأصل مصدر، يريدون الدعاء إلى الطعام. وهذا أكثر كلام العرب.

ومنهم من يفتح الدال في النسب، ويكسرها في الطعام[3].

* * *

(١) القائف، لغة: متبع الأثر، والجمع قافة، كبائع وباعه. انظر: «المصباح المنير» (٢/ ٥١٩)، سمي بذلك لأنه يقفو الأشياء.
وشرعاً: «من يلحق النسب بغيره عند الاشتباه بما خصه الله تعالى به من علم ذلك». «مغني المحتاج» (٤/ ٤٨٨).

(٢) في (أ): (الصحيح)، وهو خطأ.

(٣) انظر: «مقاييس اللغة» (٢/ ٢٧٩-٢٨٠)، «لسان العرب» (٤/ ٣٥٩) مادة (الدعاوى)، و«المصباح المنير» (١/ ١٩٥-١٩٦).

قال حجة الإسلام[١] رحمه الله:

(وله أركان[٢]:

الأول: المُستَلحِق:

ويَصِحُّ استلحاقُ الحرِّ والعبدِ والمعتق، وفي العبدِ والمعتق، وجهٌ: أنه لا يثبتُ نسبُه بمُجرَّدِ الدَّعوة[٣]؛ لما فيه من قطعِ الولاء، ويَصِحُّ استلحاقَ المرأةِ في أحدِ الوجهَين، وفي وجهٍ ثالث: لا تَصِحُّ إلا إذا كانَت خليّةً عن الزَّوج).

معظم مقصود الباب: الكلام في القائف، وشرطه.

فأما الاستلحاق وما يعتبر فيه وفي المستَلْحِقِ والمستَلْحَقِ[٤]، فالقول فيها[٥]، قد مرَّ بعضه في كتاب اللقيط[٦]، وأكثره في باب الإقرار بالنسب[٧].

وصدَّر الشافعي رضي الله عنه الكلام في القيافة[٨]، بما روي عن عائشة رضي الله عنها، قالت: دخل عليَّ رسول الله ﷺ أعرف السرور في وجهه، فقال: «ألم تَريْ أنَّ

---

(١) قوله: (حجة الإسلام) ليس في (ز)، وفي (ظ): (قال الإمام المصنف).

(٢) سيأتي قول الإمام الرافعي ـ بعد صفحتين ـ: «وقوله في الكتاب: وله ثلاثة أركان: أي للباب بترجمته». (م ع).

(٣) في (ظ): (الدعوى).

(٤) قوله: (وفي المستلحق والمستلحَق) ليس في في (ظ).

(٥) في (ز): (فيه).

(٦) انظر: «الوجيز» (١/ ٢٥٧-٢٥٨)، وما سلف (١٠/ ٥٤٥) وما بعدها.

(٧) انظر: «الوجيز» (١/ ٢٠٢)، وما سلف (٨/ ٣٨٣).

(٨) انظر: «الأم» (٦/ ٢٤٧)، و«المختصر» ص٣١٧، و«الحاوي» (٢١/ ٤١٢).

مُجَزِّزَاً المدلجي[١] نظر إلى أسامة وزيدٍ عليهما قطيفةٌ، قد غطيا رؤوسَهُما وبدت أقدامهما، فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعضٍ»[٢].

ثم احتج بعد الرواية فقال: لو لم تكن القيافة عِلْماً، ولم يكن لها اعتبار أو[٣] عليها[٤] اعتمادٌ، لمنعه من المجازفة.

وقال له: لا تقل مثل هذا، فإنك إن أصبت في شيءٍ أخطأت في غيره، وكان في خطابك قذفُ محصنةٍ ونفي نسب.

والنبي ﷺ: لا يُقرُّ إلا على الحقِّ، ولا يُسَرُّ إلا بالحقِّ.

قال الأئمة: وسبب سروره بما قال مجزِّزٌ: أن المشركين كانوا يطعنون في نسب أسامة؛ لأنه كان طويلاً، أقنى الأنف، أسود، وكان زيدٌ قصيراً، أخنس الأنف، بين السواد والبياض، وقصد بعض المنافقين بالطعن مغايظة رسول الله ﷺ؛ لأنهما كانا حِبَّيْه. فلما قال المدلجيُّ ذلك ـ وهو لا يرى إلا أقدامهما ـ سُرَّ به.

ورويَ «أن عمر رضي الله عنه دعا قائفاً في رجلين ادعيا مولوداً»[٥]. و«شك

---

(١) هو: مجزز بن الأعور بن جعدة ... الكناني المدلجي، كان عارفاً بالقيافة، حكى عنه النبي ﷺ قوله لما رأى زيد ابن حارثة وأسامة بن زيد ...، الحديث الذي أخرجه البخاري ومسلم في «صحيحيهما»، وأصحاب السنن وأحمد وغيرهم. انظر: «تهذيب التهذيب» (١٠/ ٤٢-٤٣)، ومسلم «بشرح النووي» (١٠/ ٤٠).

(٢) الحديث أخرجه البخاري (٤/ ٢١٣)، كتاب فضائل الصحابة، باب مناقب زيد بن حارثة مولى النبيّ ﷺ، ومسلم «بشرح النووي» (١٠/ ٤٠-٤٢)، من كتاب الرضاع، باب العمل بإلحاق القائف الولد.

(٣) في (أ): (و)، وفي (ي): (ولا).

(٤) قوله: (أو عليها) ليس في (ظ).

(٥) (روي «أن عمر رضي الله عنه ...»)، قال عنه الحافظ ابن حجر في «التلخيص» (٤/ ٢١١): «الشافعي والبيهقي بسند صحيح إلى عروة «أن عمر دعا قائفاً» فذكره، وعروة عن عمر منقطع». انظر: «الأم» (٦/ ٢٤٧) باب دعوى الولد، والبيهقي (١٠/ ٤٤٤)، من كتاب الدعوى والبينات، باب القافة ودعوى الولد.

أنس بن مالك رضي الله عنه في ابن له، فدعا له القائف»[١].

وساعدنا مالك[٢] وأحمد[٣] ـ فيما رَوَى الشيخ أبو حامد ـ على اعتبار قول القائف.

وقال أبو حنيفة[٤]: لا اعتبار به.

ومما يتعجب منه في شأن القيافة[٥]، ما حكى الصيدلاني وغيره، عن القفال، عن الشيخ أبي زيد عن أبي إسحاق قال: كان لي جارٌ ببغداد، له مالٌ ويسارٌ، وكان له ابنٌ يضرب إلى السواد، ولون الرجل لا يشبهه، فكان يعرضُ بأنه ليس منه.

قال: فأتاني، وقال: عزمت على الحج، وأكثر قصدي أن استصحب ابني وأُريه بعض القافة، فنهيته، وقلت: لعل القائف يقول بعض ما تكره، وليس لك ابن غيره، فلم ينته وخرج، فلما رجع قال لي: إني استحضرتُ مدلجياً، وأمرت بعرضه عليه في عدة رجال، كان فيهم الذي يرمى بأنه منه، وكان معنا في الرفقة، وغبت عن المجلس[٦]، فنظر القائف فيهم، فلم يُلحِقْهُ بأحدهم، فأخبرتُ بذلك، وقيل لي: احضر، فلعله يلحقه بك، فأقبلت على ناقةٍ يقودها عبدٌ لنا أسودُ كبير، فلما وقع بصره علينا، قال: الله

(١) حديث أنس بن مالك: «شك في ابن له، فدعا القائف»، قال عنه الحافظ ابن حجر في «التلخيص» (٤/ ٢١١): «الشافعي وابن أبي شيبة من رواية حميد عن أنس»، وانظر: «الأم» (٦/ ٢٤٧)، باب دعوى الولد. وانظر «السنن الكبرى» للبيهقي (١٠/ ٤٤٧)، كتاب الدعوى والبينات، باب القافة ودعوى الولد.

(٢) انظر: «مختصر خليل» ص٢٢٢، و«مواهب الجليل» (٥/ ٢٤٧).

(٣) انظر: «المقنع» ص١٦١.

(٤) انظر: «الهداية» (٣/ ١٧٨).

(٥) انظر: «الحاوي» (٢١/ ٢١٤) وما بعدها، و«الوسيط» (٧/ ٤٥٣)، و«الروضة» (١٢/ ١٠١)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٤٨٨).

(٦) من قوله: (كان فيهم) إلى هنا ليس في (ظ).

أكبر، ذاك الراكب أبو هذا الغلام، والقائد الأسود أبو الراكب. فغُشيَ عليَّ من صعوبة ما سمعت، ولما رجعت ألححتُ على والدتي لتخبرني، فأخبرتني: أن أبي طلقها ثلاثاً، ثم ندم، فأمر هذا العبد بنكاحها للتحليل، ففعل، فعَلِقت منه، وكان ذا مال كثير قد بلغ الكبر، وليس له ولدٌ، فاستلحقه، ونكحني ثانية.

وقوله في الكتاب: (وله ثلاثة أركان)، أي للباب بترجمته، ولا يَحْسُنُ رد الكتابة إلى إلحاق القائف؛ لأنه جعل أحد[1] الأركان المستلحق، والاستلحاق لا[2] يشترط في إلحاق القائف، بل الولد قد يعرض على القائف، ويلحقه القائف من غير استلحاق على ما سيأتي.

والاستلحاق لا يحوج إلى إلحاق القائف في الأغلب.

وهل يعتبر في المستلحق الحرية؟ فيه خلاف قد ذكرناه في باب اللقيط، والأصح[3]: أنه لا يعتبر، بل يصح استلحاق العبد كاستلحاق الحر.

ويجري الخلاف في العتق بالترتيب، وكيف الترتيب؟

ذكرنا في اللقيط: أن المعتق أولى بأن يصح استلحاقه؛ لأنه قادرٌ على النكاح والتسري استقلالاً.

ومنهم من عكس وقال: استلحاقه أولى بالمنع؛ لأن الولاء حاصلٌ عليه في الحال، وهو بالاستلحاق يقطعه، والعبد لا ولاء عليه في الحال.

وقوله: (وفي العبد، والمعتق وجه)، المشهور في المسألة: اختلاف القول لا اختلاف الوجه.

---

(١) قوله: (جعل أحد) ليس في (أ).

(٢) في (أ): (ولا).

(٣) انظر: «الوجيز» (١/ ٢٥٨)، وما سلف (١٠/ ٥٦٢).

ويمكن أن يُعْلَمَ بالواو؛ لطريقتين ذكرناهما في باب اللقيط.

وقوله: (لا يثبت نسبه بمجرد الدعوى[١])، يعني أنه لا يكفي الاستلحاق[٢] وحده، بل لا بد من ظهور نكاح أو وطء شبهة؛ ليثبت النسبُ.

وهل تشترط الذكورة في المستلحَق، أم يصح استلحاق المرأة؟ فيه ثلاثة أوجه[٣]، قد ذكرها في اللقيط، وهي مكررة هاهنا.

قال:

(الركنُ الثاني: الملحِقُ:

وهو كلُّ مدلجيٍّ مجرّبٍ أهلٌ للشَّهادة، وفي غيرِ المدلجيِّ إذا تعلَّم[٤] القيافةَ وجهان. وتَجربتُه: بأن يُعْرَضَ ولدٌ[٥] بيَن ثلاثةِ أصنافٍ من النِّسوةِ ليسَت فيهنّ أُمُّهُ، ثم في صنفٍ رابعٍ فيهنّ أمّهُ، فإن أصابَ في الكلِّ قُبِلَ قولُه بعدَ ذلك، والصَّحيح: أنه يُشترطُ في القائفِ الذُّكورةُ والحريّة، ولا يُشترطُ العدد).

الملحق: هو القائف، ولتكن فيه صفات، منها: ما اتفقوا على اعتبارها، ومنها ما اختلفوا فيه.

فمنها: كونه مدلجياً، وفيه وجهان:

---

(١) في (ز) و(ظ): (الدعوة).

(٢) في (ي): (للاستلحاق).

(٣) «أظهرها: المنع». انظر ما سلف (١٠/ ٥٤٨-٥٤٩).

(٤) في (ز): (علم).

(٥) في (ظ): (ولد ولد).

أحدهما: أنه شرط؛ لأن الصحابة رضي الله عنهم رجعوا إلى بني مدْلِجٍ دون سائر الناس[١]، وقد يَخُصُّ الله تعالى جماعة بنوع من المناصب والفضائل، كما خصَّ قريشاً بالإمامة.

والثاني: أنه ليس بشرطٍ، وسائر الناس من العرب والعجم يشاركونهم فيه؛ لأن القيافة نوع من العلم، فمن تعلمه عمل بعلمه.

والأول: الأصح عند الإمام[٢]، وصاحب الكتاب[٣]. **والثاني**: أصح عند العراقين، وأكثر الأصحاب.

وبنو مدلجٍ على ما ذكر القاضي ابن كج: بَطْنٌ من خزاعة، ويقال: من أسدٍ[٤].

ومنها: كونه مجرباً، فمن لم يُعرف علمه في هذا النوع، لا يعتمد قوله، كما أن من لم يُعرفْ علمه بالأحكام، لا يجعل قاضياً.

وكيفية تجربته التي أوردها في الكتاب: أن يُعْرض عليه ولدٌ في نسوة ليست فيهن أمّهُ، ثم في نسوة ليست فيهن أمّه، ثم في نسوة ليست فيهن أمّه، ثم في صنف رابع فيهن أمّهُ، فإذا أصاب الكل قُبِلَ قوله بعد ذلك.

وفي هذه الكيفية شيئان:

أحدهما: عرض الأم، وهل تختص التجربة بالأم، أم يجوز أن يعرض عليه المولود مع أبيه؟ فيه وجهان:

---

(١) قال الحافظ ابن حجر في «التلخيص» (٤/ ٢١١): «قوله: يروى عن الصحابة أنهم رجعوا إلى بني مدلج دون سائر الناس. لم أجد له أصلاً».

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ١٨٤).

(٣) انظر: «الوجيز» (٢/ ٢٧٢)، و«الروضة» (١٢/ ١٠١)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٤٨٨).

(٤) من قوله: (والثاني أصح) إلى هنا ليس في (ظ).

الذي ذكره القفال، وأورده صاحب «التهذيب»[١]: الاختصاص، وامتناع التجربة بالأب؛ لأن لحوق الولد بالأب، لا يعلم يقيناً. وهذا ما يوافق[٢] سياق الكتاب.

وأشبههما ـ وبه أجاب العراقيون، وغيرهم ـ: أنه تجوز التجربة بعرض الولد عليه مع أبيه، إلا أن العرض مع الأم أولى. وحكوا هذا عن نصه رضي الله عنه في «الأم»[٣].

والثاني: تكرير العرض ثلاثاً، واختلف الناقلون فيه: فمنهم من قال: يعرض عليه مولود مع أبيه في الرجال، أو مع أمه في نسوة فيقال: «ألحقه بأمه»، أو يعرض عليه أولاد نسوة وامرأة منهن، فيقال: «ألحق ولدها بها[٤]»، ولم يشترطوا التكرير.

ومنهم من قال: لا يكفي العرض مرة واحدة، فإنه قد يصيب فيها اتفاقاً، ولكن يعرض عليه ثلاث مرات، وإليه ذهب الشيخ أبو حامد وأصحابه.

وذكر الإمام[٥]: أنه لا معنى لاعتبار التكرار ثلاثاً، بل المعتبر غلبة الظن بأن ما يقوله يقوله عن خبرة وبصيرة، لا عن وفاقٍ. والظن قد يحصل بما دون الثلاث.

وهذا كالتوسط بين الوجهين الأولين.

وإذا حصلت التجربة اعتُمِدَ على إلحاقه[٦]، ولا تجدد التجربة لكل إلحاق.

ومنها: أهلية الشهادة، فيجب أن يكون القائف مسلماً، عاقلاً، بالغاً، عدلاً.

وفي اشتراط الحرية والذكورة، وجهان:

---

(١) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٣٤٨).

(٢) في (ي): (يوافق)، وفي (ظ): (لا يوافق).

(٣) «الأم» للشافعي (٦/ ٢٦٥-٢٦٦). انظر: (٦/ ٢٤٧).

(٤) في (أ) و(ي) و(ظ): (به).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ١٨٣- ١٨٤).

(٦) في (أ) و(ي) و(ظ): (إلحاقاته).

أصحهما: الاشتراط كما في القاضي.

والثاني: يجوز الرجوع إلى العبد والمرأة، كما في الفتوى، وبناهما في «الإبانة» على أن القيافة كالحكم أو كالقسمة؟ ووجه مشابهتهما القسمة: اشتمالها على التمييز بالنفي والإثبات.

وإنما يتصور فرض الرق في القائف على تقدير اختصاص القيافة ببني مدلج، إذا جوَّزنا استرقاق العرب، وإلا فالمدلجي لا يكون إلا حراً.

وذكر القاضي ابن كج ـ بناء على اعتبار أهلية الشهادة ـ: أن قيافة الأعمى والأخرس، لا تجوز.

وأنه إذا كان القائف ابن[1] أحد المتداعيين: فإن ألحقَ الولد بغير أبيه قُبِلَ، وإن ألحقه بأبيه لم يقبل.

وإذا كان بين القائف وأحدهما عداوةٌ: فإن ألحقه بالعدو قُبِلَ، وإن ألحقه بغير العدو لم تقبل؛ لأنها كالشهادة على العدو.

وفي اشتراط العدد وجهان:

أحدهما: أنه لا بد من قائفين، كما في التزكية[2] والتقويم.

وأصحهما: الاكتفاء بقول الواحد، كما في القضاء والفتوى. ويحكى هذا عن نصه رضي الله عنه في «الأم»[3]. وربما احتُج له بحديث المدلجي.

ولو كان القاضي قائفاً، فهل يقضي بعلمه؟ فيه الخلاف في القضاء بالعلم[4].

---

(١) في (ظ): (أبو).

(٢) في (أ): (التركة).

(٣) انظر: «الأم» للشافعي (٦/ ٢٦٥)، «المختصر» ص٣١٧، «الحاوي» (٢١/ ٤١٢).

(٤) انظر: «الوجيز» (٢/ ٢٤١)، وما سلف (٢١/ ٣٤٢- ٣٤٣).

قال رحمه الله:

(الركنُ الثالث: محلُّ العَرِضِ على القائف:

فالمولودُ إذا تداعاه اثنانِ[١] لم يلحَقهما، بل يُعرَضُ على القائفِ إذا كانَ كونهُ[٢] منهما ممكناً شرعاً، وذلك بأن يطأ في طهرٍ واحد، فإن وطءَ الثّاني بعدَ تخلُّلِ حيضةٍ انقطعَ الإمكانُ عن الأول، إلا أن يكونَ الأَول[٣] زوجاً في نكاحٍ صحيح، فإن كانَ في نكاحٍ فاسدٍ، ففي انقطاعِ إمكانهِ قولان[٤]).

المقصود الآن: بيان أن الولد متى يعرض على القائف؟ وله موضعان:

أحدهما: أن يتداعى اثنان مولوداً مجهولاً من لقيط وغيره، فيعرض على القائف على ما سبق شرحه في اللقيط[٥].

والثاني: أن يشترك اثنان، فصاعداً في وطء امرأة، فأتت بولد لزمانٍ يمكن أن يكون منهما، وادعاه كل واحدٍ منهما، فيعرض على القائف.

وعند أبي حنيفة[٦] في الموضعين: يلحق الولد بهما، أو بهم، ولا اعتبار بقول القائف.

---

(١) في (ظ): (شخصان).

(٢) قوله: (كونه) ليس في (ظ).

(٣) قوله: (الأول) ليس في (أ).

(٤) في (ظ): (وجهان).

(٥) انظر ما سلف (١٠/ ٥٥١-٥٥٣).

(٦) انظر: «الهداية» (٣/ ١٧٨).

واحتج الأصحاب لاعتبار قول القائف: بما سبق، ولامتناع الإلحاق باثنين فصاعداً: بأن الولد لا ينعقد من ماء شخصين؛ لأن الوطء لا بد من أن يكون على التعاقب.

وإذا اجتمع ماء الأول، مع ماء المرأة، وانعقد الولد منه، حصلت عليه غشاوةٌ تمنع من اختلاط ماء الثاني بماء الأول ومائها.

وأيضاً[١]: فإنه لو تداعى[٢] الولد مسلم وكافرٌ، لا يلحق[٣] بهما بالاتفاق، فكذلك إذا تداعاه مسلمان.

ثم الاشتراك في الوطء على الوجه المذكور، يُفرض من وجوهٍ:

منها: أن يطأها[٤] كل واحد منهما بالشبهة، بأن يجدها على فراشه فيظنها زوجته أو أمَته.

ولو كانت في نكاح صحيح فوطئت بالشبهة: فعن القاضي أبي الطيب ـ وهو الذي أورده صاحب «الشامل» ـ: أن الولد يلحق بالزوج؛ لأنها فراشه، والفراش[٥] أقوى من الشبهة، كما أنه إذا طلقها زوجها وانقضت عدتها، ونكحها زوج آخر، فأتت بولد يُلحق بالثاني، وإن أمكن أن يكون من الأول؛ لأنها فراش الثاني.

---

(١) قوله: (وأيضاً) ليس في (ظ).
(٢) في (أ): (ادعى).
(٣) في (ظ): (لا يلحق الولد).
(٤) في (ي): (يطأ).
(٥) في (ظ): (القولين).

والأظهر ـ على ما ذكره القاضي الروياني، وغيره، وهو الذي أورده الإمام[(١)] ـ: أنه لا يتعين الزوج للإلحاق، بل الموضع موضع الاشتباه، والعرض على القائف.

وليس كالصورة المستشهد بها؛ لأن العِدَّة أمارة ظاهرة في حصول البراءة عن الأول، وهاهنا بخلافه.

ومنها: أن يطأ الرجل زوجته في النكاح الصحيح، ثم يطلقها، فيطأها غيره بالشبهة، أو في النكاح الفاسد، بأن ينكحها في العدة، وهو جاهل بكونها في العدة.

وعن مالك[(٢)]: أن الولد يلحق بالزوج؛ لأنه وطءٌ في نكاح صحيح فهو أقوى جانباً، حكاه ابن الصباغ عنه.

ومن قال بهذا: وقد طلقها الزوج، فأولى أن يقول به، والنكاح مستمرٌّ بينهما.

ومنها: أن يطأها[(٣)] كل واحد منهما في نكاح فاسدٍ.

ومنها: أن يطأ الشريكان الجارية المشتركة بينهما.

ومنها: أن يطأ أمتهُ، ويبيعها، فيطأها المشتري، ولم يستبرئ واحدٌ منهما.

فإذا وطئ اثنان على بعض هذه التصويرات في طهر واحدٍ، وأتت المرأة بولد لأقل من أربع سنين، وأكثر[(٤)] من ستة أشهر من الوطئين، وادعياه جميعاً روجع القائف.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ١٧٩-١٨٠).

(٢) انظر: «مواهب الجليل» (٥/ ٢٤٩).

(٣) في (ي): (يطأ).

(٤) في (أ): (أو أقل).

وإن تخلل بين الوطأين حيضةٌ، فهي أمارة ظاهرة في حصول البراءة عن الأول، فيقطع تعلقه، إلا أن يكون الأول زوجاً في نكاح صحيح، والثاني: واطئاً بالشبهة، أو في نكاح فاسدٍ، فلا ينقطع تعلق الأول؛ لأن إمكان الوطء مع فراش النكاح قائمٌ مقام نفس الوطء، والإمكان حاصل بعد الحيضة.

وإن كان الأول زوجاً في نكاح فاسدٍ، ففي انقطاع تعلقه بتخلل الحيضة[١] قولان:

أحدهما: أنه كالنكاح الصحيح.

وأظهرهما: خلافه؛ لأن المرأة في النكاح الفاسد، لا تصير فراشاً ما لم توجد حقيقة الوطء. هكذا نقل الصورتين الإمام[٢]، وصاحب الكتاب.

ولا فرق بين أن يكون المتداعيان مسلمين، أو أحدهما مسلماً والآخر ذمياً، ولا بين أن يكونا حرين، أو أحدهما حراً والآخر عبداً، على ما سبق في اللقيط[٣]. وكذلك لا فرق بين أن يكون الواطئان مسلمين وحرين[٤]، أو مختلفي الحال. والله أعلم.

* * *

---

(١) من قوله: (وإن كان الأول زوجاً) إلى هنا ليس في (أ).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ١٨٠).

(٣) انظر: «الوجيز» (١/ ٢٥٧)، وما سلف (١٠/ ٥٤٥) وما بعدها.

(٤) في (ظ): (أو حرين).

قال:

(وإن[١] ادَّعى نسبَ مولودٍ صغيرٍ في يدِه لحقَه، فإن بلغَ فانتفى عنه؛ هل يُقبل؟ فيه قولان. وإن ادَّعى نسبَ بالغٍ فأنكرَ لم يلحَقه وإن ألحقَه القائف، وإن سكَتَ ألحقَه القائف، وإن أقرَّ فلا حاجةَ إلى قائف[٢]. ومن ادَّعى نسبَ مولودٍ على فراشِ غيرِه بأن ادَّعى وطئاً بالشُّبهةِ لم يُقبَل وإن وافقَه الزَّوجان، بل لا بدّ من بيِّنةٍ على الوطءِ لحقَ[٣] المولود. وإن تداعَيا صبيّاً، وهو في يدِ أحدِهما لحقَ بصاحبِ اليدِ خاصّةً. ومن استلحَق، وأنكَرت زوجتُهُ ولادتَهُ، فهل يلحقُها بمُجرَّدِ دعوى الأب؟ فيه وجهان).

في الفصل صورة مكررة، وغير مكررة:

فمن المكررة: استلحق صبياً مجهولاً في يده، أوْ لا في يده، وألحقناه به، ثم بلغ وانتفى عنه، هل يندفع نسبه؟ قال: (فيه قولان).

والمسألة مشهورة بالوجهين، وقد ذكرها مرة في الإقرار[٤]، وأخرى في اللقيط[٥].

---

(١) ورد في «الوجيز» (٢/ ٢٧٤): «وإن انفرد بدعوة».

(٢) في (ظ): (للقائف).

(٣) في (أ): (الحق).

(٤) انظر: «الوجيز» (١/ ٢٠٢)، وما سلف (٨/ ٣٨٣-٣٨٦).

(٥) انظر: «الوجيز» (١/ ٢٥٧)، وما سلف (١٠/ ٥٤٦).

ومنها: استلحق بالغاً[١] فأنكر، لا[٢] يلحقه، وقد أوردها في البابين المذكورين أيضاً وإلحاق القائف، والحالة هذه ليس بحجة عليه، وإن سكت البالغ، فقد ذكر صاحب الكتاب[٣]: أنه يلحقه القائف. وهذا لم أجده لغيره: وليس هناك إلا واحدٌ يدعيه.

نعم، لو ادعاه اثنان[٤] في مواضع الاشتباه، وهو ساكت[٥]، يُعْرضُ على القائف. وكذلك ذكره في «الوسيط»[٦]، قال[٧]: فإن وافق أحدهما لحقه، ولا يقبل قول القائف على خلافه.

ومنها: لو تداعى اثنان صبياً مجهولاً، فقد أطلق هاهنا أنه يلحق بصاحب اليد. كذلك نقله القاضي الروياني عن القفال، والأشبه بالمذهب: تفصيل ذكره في اللقيط، وهو أنه إن كانت[٨] يده عن التقاط لم يؤثر، وإن لم تكن عن التقاط[٩]، فيقدم صاحب اليد إن تقدم استلحاقه على استلحاق الآخر، وإلا فوجهان.

وأما غير المكرر فصورتان:

إحداهما: إذا ادعى نسب مولود على فراش غيره، بسبب وطء شبهة اتفق:

---

(١) في (ز): (اللقيط بالغاً).
(٢) في (أ): (فلا).
(٣) انظر: «الوجيز» (٢/ ٢٧٣).
(٤) في (ظ): (إنسان في).
(٥) قوله: (وهو ساكت) ليس في (ظ).
(٦) انظر: (٧/ ٤٥٦).
(٧) لفظة: (قال) ليس في (ظ).
(٨) في (أ) و(ي) و(ظ): (كان).
(٩) قوله: (وإن لم تكن عن التقاط) ليس في (ظ).

فإن قلنا: إن وطء الشبهة ـ إذا كانت المرأة فراشاً للزوج ـ لا أثر له، والولد يلحق[١] بالزوج، فلا اعتبار بقوله.

وإن جعلناه مؤثراً: فلا يكفي اتفاق الزوجين عليه، بل لا بد من البينة على الوطء؛ لأن للمولود حقاً في النسب، واتفاقهما ليس بحجةٍ عليه. فإذا قامت البينة، عرض على القائف.

فإن كان المدعي نسبهُ بالغاً، واعترف بجريان وطء الشبهة، وجب أن يكفي.

والثانية: إذا استلحق مجهولاً، وله زوجة، فأنكرت ولادته، فهل يلحقها باستلحاقه؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن ولده منها ظاهراً.

وأصحهما: المنع[٢]؛ لجواز أنه من وطء شبهة، أو زوجة أخرى.

وهما كوجهين ذكرناهما في اللقيط[٣]، في أن المرأة إذا استلحقت، وقبلنا استلحاقها، فهل يلحق الولد زوجها؟

ولو استلحق مجهولاً، وله زوجةٌ فأنكرت ولادته، واستلحقته[٤] امرأة لها زوج، فأنكره، حكى في «الوسيط»[٥]، فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أن أمّهُ التي استلحقها دون المنكرة، وربما اتفق بينها، وبين صاحب اليد وطءُ شبهة.

---

(١) في (أ) و(ز): (ملحق).

(٢) انظر: «الروضة» (١٢/ ١٠٤)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٤٨٩).

(٣) انظر: «الوجيز» (١/ ٢٥٧)، وما سلف (١٠/ ٥٤٨).

(٤) في (أ) و(ي) و(ظ): (استلحقه).

(٥) انظر: (٧/ ٤٥٦).

والثاني: أنَّ أمهُ زوجة صاحب اليد، فإنها فراش زوجها.

والثالث: يُعرضُ على القائف، فأيتهما ألحقه بها، فهي أمّهُ.

ولو كانت الصورة بحالها، وأقام كل واحدٍ بينة، فعن ابن سريج أربعة أوجهٍ:

أحدها: أن بينة الرجل[1] أولى؛ لأنا لو ألحقناه بالمرأة لالتحق بالزوج مع إنكاره، فيصير الرجل تبعاً للمرأة، ثم إذا لحقه لحق امرأته.

والثاني: بينة المرأة أولى[2]؛ لأن ولادتها محسوسةٌ، ثم لا يلزم من أن يلحقها، أن يلحق زوجها.

والثالث: أنهما يتعارضان[3].

والرابع: أنه يُعرض على القائف، فإن ألحق الولد بالرجل لحقه، ولحق زوجته، وإن ألحقه بالمرأة لحقها دون زوجها. حكى الأوجه هكذا، القاضي الروياني، وعن رواية الصيدلاني.

* * *

---

(١) في (ي): (الداخل).

(٢) من قوله: (لأنا لو ألحقناه) إلى هنا ليس في (ظ).

(٣) في (أ): (متعارضان).

قال:

(وإن[١] لم يجد[٢] قائفاً، أو تحيَّر، فإذا بلغَ[٣] الصَّبي، حبَسناه حتى يَنتسِبَ إلى أحدِهما، ويكونُ اختيارُه كإلحاقِ القائفِ حتى لا يُقبلُ رجوعُه، كما لا يُقبلُ رجوعُ القائف، ولا يُلتفتُ إلى انتسابِ الصَّغيرِ[٤] المميِّز. وإن وَطِئا في طهرٍ[٥] واحد، وحَبَلَتْ لكن ادّعى أحدُهما الولد، وسكتَ الآخر، ففي قولٍ: يُعرَضُ على القائف، وفي قولٍ: يَختصُّ بالمدَّعي، ونفقةُ الولدِ قبلَ إلحاقِ القائفِ عليهما، ثم يَرجِعُ على[٦] من قَطعَ القائفُ نسبَه، وإن ماتَ الولدُ عُرِض على القائفِ قبلَ أن يَتغيَّر).

في هذه البقية مسائلُ:

إحداها: إذا لم يجد قائفاً، وتحير، ولم يجد جواباً، وألحق الولد بهما، أو نفاه عنهما، وقفنا إلى أن يبلغ:

فإذا بلغ، أمرناه بالانتساب إلى أحدهما بحسب الميل الذي يجده، فإن امتنع حبس؛ ليختار. وإذا اختار، كان اختياره كإلحاق القائف.

---

(١) في (ظ): (إذا).

(٢) في (أ) و(ي): (يوجد).

(٣) في (أ): (فبلغ).

(٤) في (ز): (الصبي).

(٥) في (ظ): (رجلان امرأة).

(٦) قوله: (على) ليس في (أ) و(ي) و(ز).

وإن قال: «لا أجد ميلاً إلى أحدهما»، بقي الأمر موقوفاً.

ولا عبرة باختياره قبل البلوغ، وإن كان مميزاً.

وفيه وجهٌ[(١)]: أنه يخير إذا صار مميزاً، كما يخير بين الأبوين في الحضانة[(٢)]، وكل هذا مذكور بالشرح في اللقيط.

وعن أحمد[(٣)]: أنه إذا ألحقه القائف بهما جميعاً، ألحق بهما.

والثانية: إذا ألحقه القائف بأحدهما، ثم رجع وألحقه بالآخر، لم يقبل على ما مر في اللقيط[(٤)]. وكذا لو ألحقه قائف بأحدهما، فجاء الآخر بقائف آخر فألحقه به؛ لأن الاجتهاد لا يُنقض بالاجتهاد. هذا هو المشهور في الصورتين[(٥)].

وذكر القاضي ابن كج: أنه إذا ألحقه قائف بهذا، وقائف بهذا، تعارضا، وصار كأن لا قائف. وأنه إن رجع القائف بعد تنفيذ الحكم بقوله، لم يلتفت إلى رجوعه، وإن رجع قبل أن يُنفذ الحاكم الحكم بقوله[(٦)]، قيل: رجوعه كرجوع الشهود، لكن لا يقبل قوله في حق الآخر؛ لسقوط الثقة بقوله ومعرفته.

وإذا ألحقهُ القائف بهما، فعن القفال وغيره[(٧)]: أنه يُستدل[(٨)] بذلك على أنه

---

(١) في (أ): (آخرٌ).

(٢) إذ في الحضانة يخير بين أبيه وأمه، فإن اختار أحدهما تولى حضانته، كما سبق تفصيله في الحضانة. انظر: «الوجيز» (٢/ ١١٨).

(٣) انظر: «المقنع» ص١٦١.

(٤) انظر: «الوجيز» (١/ ٢٥٧)، وما سلف (١٠/ ٥٥٢).

(٥) انظر: «الروضة» (١٢/ ١٠٥)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٤٨٩).

(٦) لفظة (بقوله) ليست في (ي).

(٧) قوله: (وغيره) ليس في (ظ).

(٨) في (ظ): (يستعمل).

لا يعرف الصنعة، فلا يعتمد[١] قوله من بعد إلا أن يمضي زمان يمكن التعلم[٢] فيه، فيمتحن حينئذٍ، ثم يعتمد.

وكذا لو كانا[٣] توأمين، فألحق القائف أحدهما بأحدهما، والآخر بالآخر.

وإذا[٤] انتسب المولود إلى أحدهما، يثبت نسبه منه، فلا يقبل رجوعه عنه.

وإن انتسب إليهما لغا، وأمر بالانتساب إلى أحدهما.

ولو اختلف[٥] التوأمان في الانتساب إلى أحدهما[٦] لم يعتبر قولهما، فإن رجع أحدهما إلى قول الآخر قُبِلَ.

الثالثة: إذا وطئا في طهر واحدٍ وأتت بولد يمكن أن يكون منهما ـ كما سبق تصويره ـ فادعاه أحدهما، وسكت عنه الآخر، أو أنكره، فقولان:

أحدهما: أنه يختص بالمدَّعي، كما لو كان[٧] في يد اثنين، ادعاه أحدهما دون الآخر، يجعل له.

وأظهرهما ـ وهو الذي أورده القاضي[٨] ابن كج ـ: أنه يعرض على[٩] القائف؛ لأن الولد صاحب حقٍّ في النسب، فلا يسقط حقه بالإنكار، وترك الدعوى.

---

(١) في (أ) و(ي) و(ظ): (يعتد بقوله).

(٢) في (ي): (العلم).

(٣) في (ظ): (كانوا).

(٤) في (أ) و(ي) و(ظ): (فإذا).

(٥) قوله: (ولو اختلف) ليس في (أ).

(٦) قوله: (إلى أحدهما) ليس في (أ) و(ظ).

(٧) قوله: (لو كان) ليس في (أ) و(ي) و(ز).

(٨) قوله: (القاضي) ليس في (ظ).

(٩) في (ظ): (يعرض هذا).

وإن أنكراه معاً، يعرض على القائف، ولا يُعطَّل نسبه.

الرابعة: نفقة الولد إلى أن يعرض على القائف، وفي مدة التوقف إلى الانتساب عليهما، فإذا التحق بأحدهما، رجع الآخر عليه بما أنفق.

وهل تجب النفقة في حال الاجتنان؟ بُني ذلك على أن الحمل هل يُعْلَمُ؟

إن أوجبناها وكان أحد المدعيين زوجاً قد طلقها، والآخر واطئاً بالشبهة: فإن قلنا: إن النفقة للحامل، فهي على المطلق. وإن قلنا: للحمل أُخِذا بها[1] إلى أن يظهر الأمر. وإن أوصى للطفل في وقت التوقف، فليقبلا الوصية جميعاً.

الخامسة: إذا مات المولود قبل العرض على القائف، فإن تغير فقد تعذر العرض.

وإن لم يتغير، فيُنظَرُ[2]: إن دُفِنَ، لم يُنبَش. وإن لم يدفن، فوجهان:

أظهرهما ـ ويحكى عن أبي إسحاق ـ: أنه يعرض؛ لأن الشبه لا يبطلُ بالموت[3].

والثاني: المنع؛ لأن القائف قد يبني على الحركة والكلام، وهما يبطلان[4] بالموت.

وإذا مات أحد المتداعيين، عُرِض أبوه أو أخوه أو عمه مع المولود. قاله في «التهذيب»[5].

فروع:

ـ من الرعاة من يلتقطُ السخال[6] في ظلمة الليل، ويُلقيها في وعاءٍ معه، فإذا

---

(١) في (ظ): (أخذنها).

(٢) في (ظ): (نظر).

(٣) انظر: «الروضة» (١٢/ ١٠٦).

(٤) في (أ): (وما يبطل).

(٥) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٣٤٨).

(٦) السخلة: تطلق على الذكر والأنثى من أولاد الضأن والمعز ساعة تولد، والجمع سخال. ذكره في «المصباح» (١/ ٢٦٩).

أصبح، ألقى كل سخلةٍ بين يدي أمها، ولا يخطيء؛ لمعرفته بها وبأمهاتها[١]: فعن الإصطخري: أنه يعمل بقول مِثلِ هذا الراعي، إذا تنازع اثنان في سخلة. والظاهر خلافه. وإنما عمل بقول القائف؛ لشرف الآدمي، كي لا يضيعَ نسبه.

ـ وحكى القاضي ابن كج الدينوري، عن تخريج أبي الحسين: وجهين في أن القيافة أولى بالرعاية بعد[٢] بلوغ المولود، أو الانتساب، وادعى أن الظاهر: الثاني، وأنه لا رجوع إلى القائف بعد بلوغ المولود. والظاهر: خلافه، على ما سبق في اللقيط.

ـ وأنه لو ألحق المولود قائفٌ، يأخذ المتداعيين بالأشباه الظاهرة، وآخر بالثاني بالأشباه الخفية[٣]، كالخلقِ وتشاكل الأعضاء، فأيها أولى؟ فيه وجهان، أظهرهما: الثاني؛ لأن فيها زيادة حذقٍ وبصيرةٍ.

ـ وإذا تداعاه مسلم وذمّي، وأقام أحدهما بينة، تبعه نسباً وديناً. وإن ألحقه القائف بالذمي، تبعه نسباً لا ديناً، ولا تُجْعَل حضانتُهُ للذمي.

ـ وإذا تداعاه حرٌّ وعبدٌ، وألحقه القائف بالعبد، يثبت، وكان حُرّاً؛ لاحتمال أنه وُلِدَ من حُرّة[٤]. والله أعلم.

هذا تمام الكلام في هذه الأبواب.



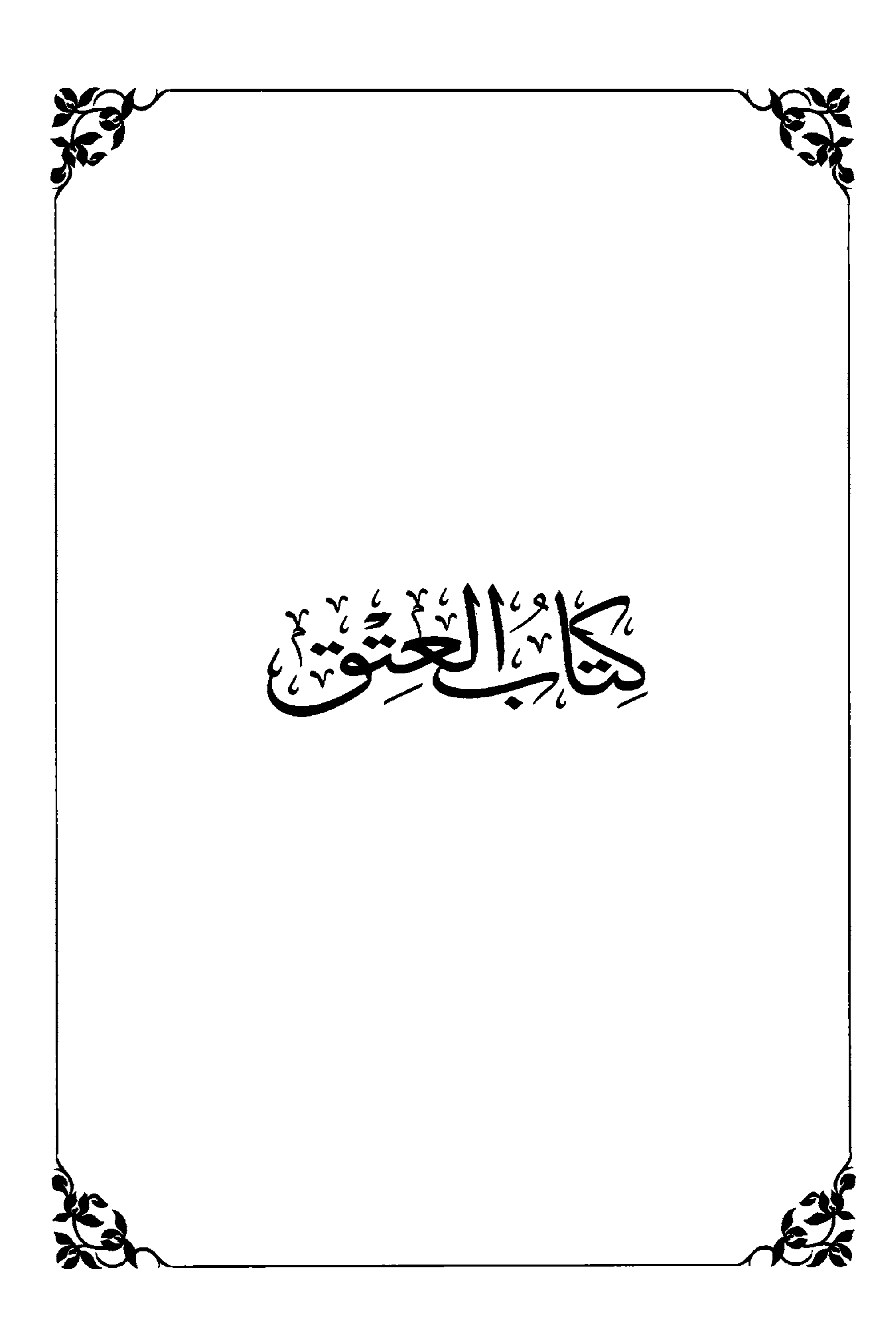
---

(١) في (أ) و(ي): (بأمها).

(٢) في (ظ): (قبل)، وهو خطأ.

(٣) في (ظ): (بالاشتباه الظاهر، والآخر الثاني بالاشتباه الخفي).

(٤) انظر: «الروضة» (١٢/ ١٠٧)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٤٩١).



كِتَابُ العِتْقِ

كتابُ العتق[١]

قال حجة الإسلام رحمه الله:

(ولا يخفى أنه يَصحُّ من كلِّ مالكٍ مكلَّف، لا يُصادفُ إعتاقُه حقاً لازماً).

قال الله تعالى: ﴿وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِيٓ أَنْعَمَ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ﴾ [الأحزاب: ٣٧] قال المفسرون: أي أعتقته[٢]. وقال تعالى: ﴿فَكُّ رَقَبَةٍ﴾ [البلد: ١٣]، أي: الجواز على العقبة، كفكِّ الرقبة. وأمر الله تعالى بتحرير الرقبة في مواضع من الكفارات[٣].

عن رسول الله ﷺ: «من أعتق رقبة، أعتق الله بكلِّ عضوٍ منها عضواً من النار، حتى فرجه بفرجه»[٤]. وروي: «من أعتق رقبةً مؤمنةً، كان فداؤه من النار»[٥].

---

(١) العِتْق لغة: خلاف الرِّق. وهو الحرية، عَتَق العبدُ يَعْتِقُ عِتقاً وعَتْقاً وعَتاقاً وعَتاقةً فهو عَتيقٌ، وجمعه عُتَقاء، مشتق من قولهم: عتق الفرس إذا سبق ونجا، وعتق الفرخ إذا طار واستقل، لأنّ العبد يتخلص بالعِتق ويذهب حيث يشاء. انظر: «معجم مقاييس اللغة» (٤/ ٢١٩-٢٢٠)، و«لسان العرب» (٩/ ٣٦)، و«المصباح» (٢/ ٣٩٢).

وشرعاً: هو إزالة الرِّق عن الآدمي لا إلى مالك، بل تقرباً إلى الله تعالى. ذكره في «نهاية المحتاج» (٨/ ٣٥٣).

(٢) انظر: «تفسير ابن كثير» (٣/ ٤٩١)، و«فتح القدير» (٤/ ٢٨٤) حيث قال: «بأن أعتقه من الرِّق».

(٣) ككفارة القتل الخطأ، والوطء في نهار رمضان، والظِّهار، والأيمان.

(٤) «متفق عليه من حديث أبي هريرة، وفيه تقييد الرقبة بكونها مسلمة...». ذكره في «التلخيص» (٤/ ٢١١). انظر: «البخاري» (٣/ ١١٧)، من كتاب العتق وفضله، ولفظه: «أيما رجل أعتق امرأً مسلماً، استنقذ الله بكل عضو منه، عضواً منه من النار». وأخرجه مسلم في «صحيحه» (١٠/ ١٥١) من كتاب العتق، باب فضل العتق.

(٥) أخرجه أحمد رحمه الله، من حديث عقبة بن عامر. انظر: «المسند» (٤/ ١٥٠، ٣٤٤) و(٥/ ٢٤٤)، و«التلخيص» (٤/ ٢١٢).

والإجماع منعقد على صحة الإعتاق، وعلى أنه من القربات[١].

ويصح من كلّ[٢] مالكٍ مكلّف[٣]، لا يصادف إعتاقه متعلق حقّ لازم للغير، فغير المالك لا يصح إعتاقه إلا بوكالة أو ولاية. ولا يصح إعتاق الصبي والمجنون، ولا إعتاق المحجور عليه بالسفه. وفي إعتاق المحجور عليه بالفلس، خلاف مذكور في التفليس[٤].

وليس للعبد ـ المأذون في التجارة ـ الإعتاق، إلا أن يأذن له السيد في الإعتاق عنه. والمريض مرض الموت يعتبر إعتاقه من الثلث، وفي إعتاق العبد المرهون الخلاف المذكور في الرهن[٥]. وفي إعتاق العبد الجاني، الخلاف الذي ذكرناه في البيع[٦]، وهما المقصودان بقوله في الكتاب: (لا يصادف إعتاقه حقاً لازماً).

ولا يصح إعتاق الموقوف عليه، العبد[٧] الموقوف؛ لأنه غير مالك، ويبطل حق من بعده. ويصح إعتاق الكافر ذمياً كان أو حربياً.

---

(١) «والعتق المنجز من المسلم قُربة بالإجماع. أما المعلّق، ففي الصّداق من «الرافعي» أنّ التعليق ليس عقد قربة، وإنما يقصد به حثٌّ أو منعٌ، أيْ أوْ تحقيق خبر، بخلاف التدبير...». ذكره في «مغني المحتاج» (٤/ ٤٩١)، وانظر هامش٣ «العزيز» (١٣/ ٣٠٥).

(٢) قوله: (كل) ليس في (أ).

(٣) في (أ) و(ي): (مطلق).

(٤) انظر: «الوجيز» (١/ ١٧٠)، و«العزيز» (٥/ ٩)، و«الروضة» (٤/ ١٢٧).

والتفليس، «لغة: النداء على المفلس، وشهرته بصفة الإفلاس المأخوذ من الفلوس التي هي أخسّ الأموال. وشرعاً: جعل الحاكم المديون مفلساً، بمنعه من التصرّف في ماله...، والمفلس في العُرف: من لا مال له. وفي الشرع: من لا يفي ماله بدَيْنه». ذكره في «مغني المحتاج» (٢/ ١٤٦).

(٥) انظر: «الوجيز» (١/ ١٦٠)، و«العزيز» (٤/ ٤٤٦)، و«الروضة» (٣/ ٣٨٩).

(٦) انظر: «الوجيز» (١/ ١٣٤)، و«العزيز» (٤/ ٣٨).

(٧) قوله: (العبد) ليس في (ز).

وإذا أعتق الحربي عبده ثم أسلما، فولاؤه ثابت عليه.

وعند أبي حنيفة: لا يصح عتقه، ولا ولاء عليه، وله أن يوالي من شاء[1].

واحتج الأصحاب[2]: بأن من نفذ عتقه في عبده المسلم، وجب أن ينفذ عتقه في عبده الكافر، كالمسلم[3]. والله أعلم.

* * *

(١) هذا قول أبي حنيفة ومحمّد، لأنه لم يعتق عندهما بكلام الإعتاق بل بالتخلية، والعتق الثابت بها لايوجب الولاء ...، خلافاً لأبي يوسف، فعنده ولاؤه له، لأن إعتاقه بالقول صح. ذكره في «حاشية ابن عابدين» على «الدر المختار» (٦/ ١٢٣).

(٢) انظر: «الحاوي» (٢٢/ ٩٥)، و«الروضة» (١٢/ ١٠٧)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٤٩٢).

(٣) قوله: (كالمسلم) ليس في (ز).

قال:

(وصريحُ لفظِه: التحريرُ والإعتاق.

أما فكُّ الرَّقبةِ فهو صريحٌ على وجهٍ، وإذا[(١)] قال: يا حُرّة، ثم قال: أردتُ نداءَها باسمِها القديم، لم يُقبَل ظاهراً، إلا أن يكونَ اسمُها في الحالِ حُرّة[(٢)]، وكذا لو قال: يا آزاد مَرْد، ثم قال: أردتُ الوصفَ بالجود، إلا أن يكونَ اسمُه: أزاذمرد، أو كانَ معَه قرينةٌ تدلُّ على المدح. ولو قالَ لعبدِه[(٣)]: يا سيِّدي، ولجاريتِه: يا كَدْبانو[(٤)]، فهو ليسَ بكناية. وإن قال: يا مولاي، فهو كناية[(٥)]. وإذا قالَ لعبدٍ غيرِه[(٦)]: أعتقتُك، لَغَاَ إن فُهِمَ منه[(٧)] الإنشاء، وإن فُهِمَ منه الإقرار، فإذا اشتراه كانَ مؤاخذاً به).

يحصل العتق بالصريح والكناية.

أما الصريح: فالتحرير[(٨)] والإعتاق صريحان، فإذا قال لعبده: «أنت حر» أو

---

(١) في (أ) و(ي): (فإذا).

(٢) قوله: (حرة) ليس في (أ) و(ي).

(٣) قوله: (لعبده) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

(٤) في (أ): (كذبانونه).

(٥) قوله: (وإن قال يا مولاي فهو كناية) ليس في (ز).

(٦) في (ز): (لغيره).

(٧) قوله: (منه) ليس في (ظ).

(٨) ورد بهامش١ «العزيز» (١٣/ ٣٠٦): «قال الشيخ البلقيني في «التصحيح»: «التحرير» الذي هو المصدر ليس بصريح، إنما الصريح ما اشتق من هذا المصدر من فعل بصيغة الماضي وهو «حررتك»، واسم=

«محرر»، أو «حررتك»، أو «أنت عتيق» أو «معتق»[١] أو «أعتقتك»، عتق العبد وإن لم ينو، ولا أثر للخطأ في التذكير والتأنيث، بأن يقول لعبده: «أنتِ حُرّة»، أو لجاريته: «أنتَ حُرٌّ».

وفي «فكّ الرقبة»، أهو صريح أو كناية؟ وجهان، قد ذكرهما في الكتاب في أول الخلع[٢]. والأرجح على قياس نظائره: أنه صريح[٣].

والكناية: كقوله لعبده: «لا ملك لي عليك» أو «لا سبيل» أو «لا سلطان» أو «لا يد» أو «لا أمر» أو «لا خدمة»، أو «أزلت ملكي عنك»، أو «حرّمتك»[٤]، أو «أنت سائبة». وصرائح الطلاق وكناياته، كلها كناية في العتق.

وفي قوله: «أنت علي كظهر أمي» وجهان، أظهرهما: أنه كناية أيضاً؛ لاقتضائه التحريم، كما لو قال: «حرّمتك»[٥]. وفي قوله: «أنتِ لله» كناية أيضاً، خلافاً لأبي حنيفة[٦] رحمه الله. ولو قال: «وهبتُ نفسك منك»، ونوى العتق دون التمليك، حصل العتق أيضاً، وإن قصد التمليك، فعلى ما سنذكر فيها إذا قال: «بعت نفسك منك».

ثم الكلام في صور:

= فاعل وهو «أنا محررك» إذا صرح بـ«الآن» أو «بعده»، إلى أن قال: وأما المصدر نفسه مثل: «أنت تحرير»، فهذا كناية، كما في قوله: «أنت طلاق» على الأصح، فكان ينبغي أن يقول: فصريحه، ما اشتقّ من «التحرير»».

(١) قوله: (أو معتق) ليس في (ز).

(٢) «الوجيز» (٢/ ٤١).

(٣) انظر: «الروضة» (١٢/ ١٠٧)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٤٩٢).

(٤) في (ز): (أحرمتك).

(٥) انظر: «الروضة» (١٢/ ١٠٧)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٤٩٢).

(٦) انظر: «الهداية» (٢/ ٥٤).

إحداها: إذا كانت أمَته تُسمّى قبل جريان الرِّق عليها «حُرّة»، فقال لها: «يا حُرّة»: فإن لم يخطر له النداء باسمها القديم، عتقت لا محالة. وإن قصد نداءها به، ففيه وجهان:

عن القاضي الحسين ـ وبه أجاب في الكتاب[١] ـ: أنها تعتق؛ لأن اللفظ صريح، وإنما كانت تسمى حُرّة حين كانت حُرّة، وإذا طرأ الرّق، انمحى ذلك الاسم.

وقال الشيخ أبو محمّد: لا تعتق؛ لتمكن الاحتمال، وهذا أشبه وأظهر عند الإمام[٢].

ولو كان اسمها في الحال «حُرّة»، فقد ذكر في الكتاب في باب الطلاق[٣]: أنَّه إذا كان يُسمّي العبد بـ«حُر»[٤]، فقال: «يا حُرّ» على قصد النداء، لم يعتق، وإن أطلق فوجهان، وبينا هناك أنّ الأشبه: أنه لا يعتق.

وكذا الحكم لو كان يَتَسمَّى بـ «عتيق»، أو بـ«آزادرُوْي»[٥]، فقال: «يا عتيق» أو «يا آزادروي».

وليعلم ـ لما ذكرنا ـ قوله في الكتاب: (لم يُقبل ظاهراً) بالواو.

وقوله: (إلا أن يكون اسمها في الحال حُرّة)، ليس باستثناء محقق؛ لأن هذه الحالة لا تدخل فيما إذا كان اسمها قديماً حرة فبُدِّل حتى يستثنى، والمعنى: لو كان اسمها في الحال «حُرّة»، وقصد نداءها باسمها، لم تعتق.

---

(١) انظر: «الوجيز» (٢/ ٢٧٤).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٢٥١).

(٣) انظر: «الوجيز» (٢/ ٥٤).

(٤) في (أ): (حر).

(٥) كلمة فارسية معناها: صاحب الوجه الحرّ.

وفي «فتاوى صاحب الكتاب»: أنه إذا اجتاز بصاحب الضريبة، فخاف أن يطالبه بالضريبة عن عبده، فقال: «إنه حُرّ وليس بعبد»، وقصد الإخبارَ، لم يعتق بينه وبين الله تعالى، وهو كاذب في خبره.

وهذا النظم يشيرُ إلى أنه لا يقبل في الظاهر، وأنه إذا قال: «افرغ من هذا دون العشيِّ وأنت حرٌّ»، ثم قال: «أردت أنه حُرٌّ من العمل دون العتق» يدين، ولا يُقبل ظاهراً. وهذا قريب من جواب الكتاب في النداء بالاسم القديم.

وأَنَّه إذا زاحمَتْهُ امرأة في الطريق، فقال: «تأخري يا حُرّةٌ» فبانت أَمَتُهُ، لم تعتق. وهذا إن أراده في الظاهر، فيمكن أن يفرّق بأنه لا يدري من يخاطب هاهنا، وعنده أَنَّه يخاطب غير أَمَتِهِ، وهناك خاطب العبد باللفظ الصريح.

الثانية: إذا قال لعبده: «يا آزاد مرد»[1]، ثم قال: «أردت وصفه بالجود»، لم يقبل، وحُكم بعتقه ظاهراً. نعم، لو كان اسمه «آزاد مَرْد» وقصد نداءه باسمه، لم يعتق.

ولو كان هناك قرينة تُشْعِر بأنه قصد مدحه والثناء إليه، فيقبل قوله، ولا يعتق، هكذا أطلق في الكتاب[2].

وفي «الوسيط»[3]: أنه على الخلاف المذكور فيما إذا قال لامرأته[4] وهو يَحُلُّ وثاقاً[5] عنها: «أنت طالق»، وقال: «أردت إطلاقها منه»[6].

---

(١) «آزاد مرد» كلمة فارسية معناها: الرجل الحرّ.

(٢) انظر: «الوجيز» (٢/ ٢٧٤).

(٣) انظر: (٧/ ٤٦٢).

(٤) قوله: (لامرأته) ليس في (ز).

(٥) في (ز): (وثاقها)، وفي (ظ): (وثاقه).

(٦) انظر: «الوجيز» (٢/ ٥٣)، والظاهر القبول.

فيجوز أن يعلم قوله في الكتاب: (أو كان معه قرينة تدل على المدح) بالواو[١] كذلك.

وفي «فتاوى القفّال»: أنه إذا بعث غلامه في حاجةٍ، فأبطأ عليه، فلما رجع قال له: «آزاد مردي گو»[٢]، يحكم عليه[٣] بالعتق.

وحكى بعض أئمة طبرستان وجهاً آخر: أنه لا يعتق في الحكم؛ للقرينة الدالة على أنه قصد التهكّم والذم.

الثالثة: قوله لعبده: «يا مولاي» كناية، فإن المولى مشترك بين معانٍ، منها: المعتق.

ولو قال: «يا سيدي»: فعن القاضي الحسين: أنه لا يعتق، وإن نوى؛ لأنه من السُّؤدَدِ، وتدبير المنزل، وليس فيه ما يقتضي العتق، وهذا ما أورده في الكتاب[٤]. قال الإمام[٥]: والذي نراه أنه كناية.

ولو قال لأمَته: «يا گدبانو» أو «توگدبانوي مني»[٦]: فهو كقوله للعبد: «يا سيدي»، وبكونه كناية أجاب صاحب «التهذيب»[٧]. وكذا لو قال للعبد: «تو بارخداي مني»[٨].

---

(١) قوله: (بالواو) ليس في (أ) و(ي) و(ز).

(٢) كلمة فارسية معناها: أين الرجلُ الحُرّ.

(٣) قوله: (عليه) ليس في (أ).

(٤) انظر: «الوجيز» (٢/ ٢٧٤).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٢٥٠-٢٥١).

(٦) كلمة فارسية معناها: يا سيدة أو أنتِ سيدتي.

(٧) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٣٥٥).

(٨) كلمة فارسية معناها: أنت وليّ أو مولاي.

الرابعة: إذا قال لعبد غيره: «أنت حرٌّ»، فهذا إقرار بحرّيته، وهو مردود في الحال، لكن لو تملكه يوماً من الدّهر، حكم بعتقه، مؤاخذةً له بإقراره.

قال الإمام[(١)]: وإنما يجعل إقراراً؛ لأنه لا مساغ للإنشاء فيه[(٢)]، بخلاف ما إذا قال المالك لعبده: «أنت حرٌّ»، فإنه إنشاءٌ، كقول الزوج لزوجته: «أنتِ طالق». ولو قال لعبد الغير: «قد أعتقتك»:

قال صاحب الكتاب[(٣)]: إن ذكره في معرض الإنشاء فهو لغو، وإن ذكره في معرض الإقرار يؤاخذ به لو تملكه.

وعن القاضي الحسين: أنه إذا قال: «قد أعتقتك» كان إقراراً؛ لأنه قد يؤكد معنى المضيِّ في الفعل. قال الإمام[(٤)]: وفحوى[(٥)] كلامه: أن قوله: «أعتقتك» بلا قيد، قد لا يكون إقراراً، وإن كانت الصيغة في الموضع للماضي، وعندي لا فصل بينهما.

والوجه: أن يراجع القائل ويُحكم بموجب قوله، فإن لم يفسر تُرك، وينبغي أن لا يفرَّق بين قوله: «أنت حرٌّ»، وبين قوله: «أعتقتك».

وقوله في الكتاب: (إن فُهِمَ منه الإنشاء، وإن فُهِمَ منه الإقرار)، أي إن ذكره في معرضٍ يفهم منه هذا أو ذاك.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٢٠٢).

(٢) في (ز) و(ظ): (منه).

(٣) انظر: «الوجيز» (٢/ ٢٧٤).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٢٠٢).

(٥) في (أ) و(ي) و(ظ): (ومجرى).

واعلم أنه يصح تعليق العتق بالصفات والإعتاق على العوض كما في الطلاق. وأنه لو قال: «جعلت عتقك إليك» أو «خيّرتك»[١] ونوى تفويض العتق إليه، فأعتق نفسه في الحال، عَتَقَ، كما في الطلاق. ولو قال: «أعتقتك على كذا»، فقبل في الحال، أو قال العبد: «أعتِقْني على كذا»، فأجابه، عَتَقَ، وعليه ما التزم. ولو قال: «أعتقتك على كذا إلى شهر»، فقبل، عَتَقَ في الحال، والمُلْتَزَمُ مؤجّل.

ولو أعتقه «على خمرٍ» أو «خنزيرٍ»، عَتَقَ، وعليه قيمته[٢]. وكذا لو قال: «أعتقتك[٣] على أن تخدمني»، ولم[٤] يبين مدة، أو قال: «على أن تخدمني أبداً».

ولو قال: «على أن تخدمني شهراً»، أو «تعمل لي كذا»، وفصّله، فقبل، عَتَقَ، وعليه ما التزم. ولو خدمه نصف شهر، ومات، فللسيد نصف قيمته في تركته.

فروعٌ، أكثرها عن ابن سريج:

ـ إذا قال: «أول من يدخل الدار من عبيدي» أو «أيّ عبدٍ من عبيدي دخل[٥] أولاً، فهو حرٌّ»، فدخل اثنان معاً، ثم ثالثٌ، لم يعتق واحدٌ منهم؛ أما الثالث فظاهر، وأما الاثنان؛ فلأن واحداً منهما لا يوصف أنه أول عبدٍ داخل.

ولو كان اللفظ[٦] ـ والصورة هذه ـ: «أول من يدخلها وحده»، عتَقَ الثالث.

---

(١) في (ظ): (حررتك)، وكذا في «الروضة» (١٢/ ١٠٩).

(٢) في (ز): (القيمة).

(٣) قوله: (أعتقتك) ليس في (ظ).

(٤) في (ز): (تخدمني شهراً أو لم).

(٥) قوله: (دخل) ليس في (أ).

(٦) في (ظ): (هذا اللفظ).

ـ ولو دخل واحدٌ لا غير، فهل يعتق؟ لأنه إنما يكون أولاً إذا كان هناك ثان، فيه وجهان، في[1] «تعليق الشيخ أبي حامد»: أن أصحهما: أنه يعتق.

ـ ولو قال: «آخر من يدخل الدار من عبيدي فهو حرٌّ»، فدخل بعضهم بعد بعض، لم يحكم بعتق واحدٍ منهم إلى أن يموت السيد، فيتبين الآخر.

ولو قال لعبده: «إن لم أَحُجَّ العام فأنت حُرٌّ»، فمضى العام، فاختلفا في أنه هل حج؟ فأقام العبد بينةً: «أنه كان بالكوفة يوم النحر»، عَتَقَ.

وعن أبي حنيفة: أنه لا يعتق.

ـ ولو قال لعبدين له: «إذا جاء الغد فأحدكما حرٌّ»، فإذا جاء الغد[2]، عَتَقَ أحدهما، وعليه التعيين[3].

ـ ولو باع أحدهما أو أعتقه أو مات قبل مجيء الغد، ثم جاء الغد، والآخر في ملكه، لم يتعين للعتق؛ وعُلِّلَ بأنه لا يملك حينئذٍ إعتاقهما، فلا يملك إيقاع العتق في أحدهما، كما لو قال لعبده وعبدِ غيره: «أحدكما حرٌّ»، لا يكون له حكم.

وهذا غير مسلّم، أليس ذكرنا في الطلاق وجهين[4]، فيما إذا قال لزوجته وأجنبيةٍ: «إحداكما طالق»، أنه هل يقبل قوله: «أردتُ الأجنبية»؟ فقد اتفق الوجهان على أنّ له حُكماً وأثراً، إنما الكلام في أنه هل يتمكّن من الصرف عن الزوجة؟

ـ ولو باع أحدهما أو كلاهما، ثم اشترى ما باع، وجاء الغد وهما في ملكه، فهو على الخلاف في عود الحنث.

---

(١) في (ي): (عن).

(٢) قوله: (فأحدكما حر فإذا جاء الغد) ليس في (أ).

(٣) في (أ): (المعتق).

(٤) أصحهما: أنه يقبل قوله بيمينه. انظر: «الوجيز» (٢/ ٦٣)، وما سلف (١٥/ ٢١).

ـ ولو باع نصف أحدهما، وجاء الغد وفي ملكه نصفه الآخر، فإليه التعيين، فإن عتَق من[1] نصفه له، وقع النظر في السراية.

ـ ولو قال: «إذا جاء الغد، وأحدكما في ملكي، فهو حرٌّ» فباع أحدهما، ثم جاء الغد والآخر في ملكه، عَتَقَ.

وإن باع أحدهما ونصف الآخر، ثم جاء الغد لم يعتق النصف؛ لأن الشرط هو كون أحدهما في ملكه، لم يحصل. والله أعلم.

* * *

(١) في (أ) و(ي): (فيمن)، وفي (ظ): (ممن).

قال:

(والنَّظرُ في خواصِّ العتق، وهي خمسة[١]:

الخاصية[٢] الأولى: السِّراية:

ومن أعتقَ بعضَ عبدِه سرى إلى[٣] الباقي، وكذا لو أعتقَ عُضواً معيَّناً، ولو أعتقَ شِركاً له من عبد، قُوِّمَ عليه الباقي بأربعةِ شروط:

الأول: أن يكونَ مُوسِراً بمالٍ فاضلٍ عن[٤] قُوتِ يومِه ودَسْتِ ثوبٍ، كما كانَ في الدُّيونِ التي عليه، ولو كانَ عليه دينٌ بقَدرِ مالِه، فهو مُعسِرٌ على الأصحّ، والمريضُ مُعسِرُ إلا في قدرِ الثُّلث، والميِّتُ مُعسِرُ مطلقاً حتى لو قال: إذا مِتُّ فنصيبي منك حرّ، لم يَسْرِ[٥]؛ لأن ميراثَه صارَ للوَرثة، ولو كانَ مُوسِراً بالبعضِ سَرى بذلك القدرِ على وجهٍ، وعلى وجهٍ لا يسري).

لا ينبغي أن يفهم من الخواص، ما ينفرد العتق به من بين سائر التصرّفات؛ لأنه عدَّ منها الامتناع بالمرض، وهذا يشمل جميع التبرعات، ولا يختص به العتق، والقرعة وهي[٦] جارية في القسمة، وإنما أراد ما لا يُشاركُ الطلاق فيه العتق، ويختص به العتق،

---

(١) في (ز): (خمس).

(٢) في (ظ): (الخاصة).

(٣) قوله: (إلى) ليس في (ظ).

(٤) قوله: (عن) ليس في (ظ).

(٥) قوله: (لم يسر) ليس في (ز).

(٦) قوله: (وهي) ليس في (ي).

ويوضحه: أنه قال في «الوسيط»[١]: الطلاق والعتاق يتقاربان[٢]، وقد فصلنا[٣] حكم الألفاظ والتعليقات في الطلاق[٤]، فلا نعيدُهُ، بل نقتصر على ذكر خواص العتق، واندفع في بيانها.

إذا عُرِف[٥] ذلك، فإحدى الخواص: السراية: ومن أعتق بعض مملوكٍ، فإما أن يكون باقيه له أيضاً، أو لغيره.

الحالة الأولى: إذا كان الباقي له، فيعتق، كما في الطلاق، إذا طلق نصف المرأة يكمل، ولا فرق في ذلك بين المعسر والموسر[٦].

وفهم من قوله ﷺ: «من أعتق شركاً له في عبدٍ، وله مال، قوِّم عليه الباقي»[٧]: تشوف الشرع إلى تكميل العتق، وإذا كمل والباقي لغيره، فلأن يكمل والباقي له أَوْلَى.

وقال أبو حنيفة: لا يعْتِق الباقي في الحال، ولكنه مخيَّرٌ بين أن يعتق أو يكاتب، أو يَسْتَسْعِي[٨]. قال الصيدلاني: والكتابة والاستسعاء عنده شيء واحدٌ، إلا أنه إذا كان

---

(١) انظر: (٧/ ٤٦٢).

(٢) والمقصود: أن ألفاظ العتاق والطلاق تتقارب في أحكامها.

(٣) من قوله: (الطلاق فيه العتق) إلى هن ليس في (ز).

(٤) انظر: «الوجيز» (٢/ ٦٤)، و«العزيز» (٩/ ٥٩-٦٠).

(٥) في (ي) و(ظ): (عرفت).

(٦) في (ظ): (الموسر والمعسر). وانظر: هامش «العزيز» (١٢/ ٣١١).

(٧) الحديث متفق عليه: أخرجه البخاري (٣/ ١١٧)، من كتاب العتق، باب إذا أعتق عبداً بين اثنين. ومسلم، كتاب العتق ـ بشرح النووي ـ (١٠/ ١٣٥). وقد ورد الحديث بألفاظٍ متعدّدة وزيادة. انظر: «التلخيص» (٤/ ٢١٢).

(٨) انظر: «الهداية» (٢/ ٥٥).

برضا العبد ومُعاقَدته، يسميه كتابة، وإن كان دون رضاه، يسميه سعاية على الرقِّ. فما لم يؤدّ المال، لا يعتق الباقي.

وكما يكمل العتق إذا أضافه إلى البعض الشائع، يكمل إذا أضافه إلى العضو[1] المعين، كاليد والرجل، كما في الطلاق، وخلاف أبي حنيفة المذكور في الطلاق عائد هاهنا[2].

ثم في كيفية التكميل إذا أضاف العتق إلى الجزء الشائع[3] وجهان:

أحدهما: أنه يحصل في الجزء المسمى، ثم يسري إلى الباقي.

والثاني: يحصل في الكل دفعة واحدة، ويكون إعتاق النصف عبارة عن إعتاق الكل. وإذا أضافه إلى الجزء المعين، فوجهان مرتبان، وأولى أن يحصل دفعة واحدة.

والفرق: أن الجزء الشائع يمكن انفراده بالجزئية، والمعين لا يمكن انفراده حتى يقال: نرد العتق عليه، ثم يسري، والطلاق في الجزء الشائع[4]، كالعتق في المعين، وقد سبق ذكر هذا الخلاف في الطلاق بتفاريعه[5].

ولو أعتق أَمَته الحامل، والحمل مملوك له أيضاً، عتقَ الحمل أيضاً، لا بطريق السراية، فإن السراية في الأشقاص، لا في الأشخاص، ولكن بطريق التبعية، كما يتبع الحمل الأم في البيع إلا أن يبطل بالاستثناء، والعتق لا يبطل؛ لقوته، وهذا كما أنه لو استثنى عضواً في البيع، بطل البيع، ولو استثني عضواً في العتق، لم يبطل العتق، وإن

---

(١) في (ظ): (البعض).

(٢) انظر: «الوجيز» (٢/ ٥٧)، وما سلف (١٤/ ٦٥٣- ٦٥٣).

(٣) في (أ): (والشائع).

(٤) من قوله: (لا يمكن انفراده) إلى هنا ليس في (أ) و(ي).

(٥) انظر ما سلف (١٤/ ٦٥٧).

أعتق الحمل، نفذ العتق فيه ولم تعتق الأُمّ، فإن الأمَّ لا تتبع الحمل[١].

وعن الأستاذ أبي إسحاق: أنها تعتق بعتقه كما يعتق بعتقها، والظاهر الأول[٢].

ولو كانت الأم لواحد، والحمل لآخر، فلا تعتق الجارية بإعتاق مالك الحمل، ولا الحمل[٣] بإعتاق مالك الجارية، ولا استتباع مع اختلاف المالكين، وقد سبق ذكر هذه الصورة[٤] في الوصايا[٥].

ويتعلق بما نحن فيه، فروع:

منها: إذا قال لأمته: «إذا ولدت فولدُك حُرٌّ»، أو «كلّ ولد تلدينهُ، فهو حرٌّ»، وقد ذكرنا في الطلاق[٦]، أنها: إن كانت حاملًا عند التعليق، فإذا ولدت، عتق الولد.

وإن كانت حائلاً، فوجهان، أشبههما: أنه يعتق أيضاً؛ لأنه وإن لم يملك الولد حينئذٍ، فقد ملك الأصل المفيد لملك الولد.

ولو قال لأَمَته الحامل: «إن كان أول ما تلدينه غلاماً فهو حرٌّ، وإن كان جارية فأنت حرّة»، فولدت غلاماً وجارية، ينظر: إن ولدت الغلام أولاً عتق، والجارية والأم رقيقان. وإن ولدت الجارية أولاً[٧] عتقت الأم، ويعتق الغلام أيضاً؛ لكونه في البطن

---

(١) «أي: إذا كان بعد نفخ الروح، فإنه ذكر في أواخر العتق عن «فتاوى القاضي الحسين»: أنه لو كانت جارية حاملاً، والحمل مضغة، فقال: «أعتقت مضغة هذه الجارية»، كان لغواً، لأن إعتاق ما لم ينفخ فيه الرّوح لغو». انظر: هامش «العزيز» (١٢/ ٣١٢).

(٢) الصحيح: يعتق الحمل، ولم تعتق الأم. انظر: «الروضة» (١٢/ ١١١).

(٣) في (أ): (للحمل).

(٤) في (أ): (الصور).

(٥) انظر: «الوجيز» (١/ ٢٧٤)، وما سلف (١١/ ٥٦٨).

(٦) انظر: «الوجيز» (٢/ ٦٦)، وما سلف (١٤/ ٦٦٩).

(٧) من قوله: «عتق والجارية والأم رقيقان» إلى هنا أثبتناه من (ز). (م ع).

حين عتقت الأم، وتكون الجارية رقيقة؛ لأن عتق الأم حصل بعد مفارقتها[١].

وإن ولدتهما معاً[٢]، فلا عتق؛ لأن التعليق بأول ولدٍ تلده، وإذا ولدتهما معاً لم تلد واحداً منهما أولاً.

وإذا لم يعلم، أو ولدتهما معاً، أو أحدهما قبل الآخر، فلا عتق أيضاً؛ لأن الأصل بقاء الملك، والعتق غير معلوم. وإن عُلِمَ سبق ولادة أحدهما، وأشكل السابق:

فالغلام حُرٌّ بكلّ حال؛ لأنه إن سبقت ولادته عتق بالتعليق الأول[٣]، وإن سبق ولادة الجارية عتق[٤] بتبعية الأم.

والجارية[٥] رقيقة بكل حال؛ لأنه إن سبق ولادة الغلام، لم يعتق غيره، وإن سبق ولادتها، لم تعتق بتبعية الأم؛ لتأخر عتق الأم عن مفارقتها.

وأما الأم فيحتمل أن تكون عتيقة لسبق ولادة الجارية، ويحتمل أن تكون رقيقة لسبق ولادة الغلام، فيؤمر السيد بالبيان، فإن مات قبل أن يبين، فالأصح: أنها رقيقة، أخذاً بالأصل، وطرحاً[٦] للشك.

وقال ابن الحداد: يقرع عليهما[٧] بسهم عتقٍ، وسهم رقٍّ، وذكر في «تقريبه»: أنه

---

(١) في (ظ): (مفارقتهما).

(٢) قوله: (معاً) ليس في (ظ).

(٣) من قوله: (إن سبقت ولادته) إلى هنا ليس في (ظ).

(٤) في (ظ): (عتقت).

(٥) قوله: (الجارية) ليس في (ظ).

(٦) في (أ) و(ي): (ومطرحاً).

(٧) في (ي) و(ظ): (عليها)، وفي (أ): (عليهم).

يقرع بينها[١] وبين الغلام، فإن خرجت على الغلام لم يعتق غيره، وإن خرجت عليها عتقت، ولم يرق الابن.

ويجوز أن يقرع بين شخصين، وتعمل القرعة في أحدهما دون الثاني، ألا ترى أنه لو قال: «إن كان هذا الطائر غراباً فامرأتي طالق، وإن لم يكن غراباً فعبدي حرٌّ»، ولم يتبين الحال، يقرع، فإن خرجت على العبد عتق، وإن خرجت على المرأة لم[٢] تطْلق.

وقال الشيخ أبو علي: وما ذكره ابن الحداد غلطٌ عند عامة الأصحاب؛ لأنا شككنا في عتقها، والقرعة لا تُثْبت المشكوك فيه، وإنما تستعمل في تعيين ما يستيقن أصلُهُ، ولو وجب الإقراع هاهنا لوجب فيما إذا قال لزوجته: «إن كان أول[٣] ما تلدينَهُ غلاماً، فأنت طالق»، فولدت غلاماً وجارية واشتبه الحال أن يوقف عنها؛، لأن ما يوجب الإقراع في العتق يوجب الوقف في النكاح، ألا ترى أنه لو أعتق أحد عبديه يقرع بينهما إذا مات، وإذا طَلَّق إحدى امرأتيه توقف عنهما، كما لا يوقف عند الشك في أصل الطلاق وجب أن لا يقرع عند الشك في أصل العتاق، وفي مسألة الغراب المستشهد بها: أصل الحنث مستيقنٌ، فأقرع للحرية.

قال الشيخ أبو علي: هذا كله إذا ولدت في صحة السيد، أما إذا ولدت في مرض موته فينظر: إن كان الثلث يفي بالجميع، لم يختلف الجواب، وإلا كما إذا لم يكن له إلا هذه الأمَة[٤]، وما ولدت، فيقرع بين الغلام والأم، إن خرجت على الغلام عتق وحده إن خرج من الثلث، وإن خرجت على الأم قوِّمت هي[٥] حاملًا بالغلام يوم ولدت

---

(١) في (ي) و(ظ): (بينهما).

(٢) قوله: (لم) ليس في (أ).

(٣) في (أ) و(ي) و(ظ): (أول ولدٍ).

(٤) في (أ): (الأم).

(٥) في (ظ): (بين).

الجارية إن[1] ولدتها أولًا، ويعتق منها[2] ومن الغلام قدر الثلث، فإن كانت قيمة الجارية مئة، وقيمة الأم حاملاً بالغلام مئتين فيعتق نصفها، ونصف الغلام وقيمتها مئة، ويبقى للورثة النصف مئة والجارية وهي مئة أيضاً.

الحالة الثانية: إذا كان الباقي لغيره فيعتق نصيبه؛ لأنه جائز التصرف، وقد وجه العتق على ملكه.

ثم[3] إن كان المعتِق موسراً بقيمة باقي العبد، لزمه قيمته للشريك، ويعتق الباقي عليه، ويكون ولاء جميع العبد له.

وإن كان معسراً بقي الباقي على ملك الشريك، ولا يسري العتق إليه؛ لما رُوِيَ عن ابن عمر رضي الله عنهما، أن النبي ﷺ قال: «من أعتق شركاً له في عبدٍ، وكان له مال يبلغ ثمن العبد، قوِّم عليه العبد قيمة عدل، فأعطى شركاءه حصصهم، وعتق عليه العبد، وإلا فقد عتق منه ما عتق»، ويروى: «من أعتق شركاً له في عبدٍ، عتق ما بقي في ماله إذا كان ماله يبلغ ثمن العبد»[4].

وعند أبي حنيفة[5] رحمه الله تعالى: لا تقويم ولا سراية، ولكن إن كان المعتق موسراً فيخير الشريك بين ثلاثة أمور: أن يعتق نصيب نفسه، وأن يستسعى العبد حتى يؤدي قيمة نصيبه، ويعتق، وعلى التقديرين يكون ولاؤه بينهما، وإن تضمن المعتق قيمة نصيبه، ثم المعتق يستسعي العبد فيها غرم، فإذا أداه عتق، وكان جميع

---

(١) في (ز): (لو)، وفي (ظ): (أو).

(٢) في (ظ): (بينها وبين).

(٣) قوله: (ثم) ليس في (ظ).

(٤) الحديث متفق عليه، وقد سبق.

(٥) انظر: «الهداية» (٢/ ٥٥).

الولاء له، وإن كان معسراً فلا يضمنه[١] الشريك، ويتخير بين الخصلتين الأوليين.

وليعلم لهذا قوله في الكتاب: (قوم عليه الباقي) بالحاء.

ثم إنه ذكر أن التقويم (بأربعة شروط):

أحدها: كون المعتق موسراً، فلو كان معسراً لم يعتق نصيب الشريك، واستقر فيه تبعض الرق والحرية، وقد سبق أحكامُ من بعضُهُ حرٌّ وبعضه رقيق في أبواب، وأكسابه مشتركة بينه وبين السيد، فإن جرت مهايأة بينهما اكتسب يوماً لسيده ويوماً لنفسه، أو استخدمه[٢] السيد يوماً وتركه يوماً، والمهايأة تكون بالتراضي، ولا تلزم على الأظهر، وقد سبق ذكر ذلك.

وفي الشرط[٣] مسائل:

إحداها: ليس المقصود من الموسر الذي يُعدُّ من الأغنياء، ولكن إذا كان له من المال ما يفي بقيمة نصيب شريكه، فيقوّم عليه وإن لم يملك غيره؛ لظاهر الخبر الذي تقدم، ويصرف إلى هذه الجهة كل ما يباع ويصرف إلى الديون، فلا يبقى مسكنه وخادمه وكلما يفضل عن قوت يومه، وقوت من تلزمه نفقته، ودست ثوبٍ يلبسه، وسُكنى يوم، وليس اليسار المعتبر في الباب كاليسار المعتبر في الكفارة المرتبة.

وإلى هذا أشار بقوله في الكتاب: (كما في الديون التي عليه).

والاعتبار في اليسار[٤] بحالة الإعتاق، فإن كان موسراً حينئذ ثبت العتق،

(١) في (أ): (يضمه).

(٢) في (أ): (لو استخدمه).

(٣) في (أ): (الشروط).

(٤) قوله: (في اليسار) ليس في (ز).

واستحقاق العتق في الباقي[١]، وإن لم يكن موسراً وقت الإعتاق ثم أيسر، فلا اعتبار به، وقد استقرّ التبعيض[٢].

الثانية: لو ملك المعتق قيمة نصيب الشريك، لكن عليه من الدين مثل ما يملكه أو أكثر، فهل يمنع الدين التقويم عليه والسراية؟ فيه قولان، كالقولين في أن الدين هل يمنع الزكاة؟[٣] والجامع أن سراية العتق حق لله تعالى، وهو متعلق بحظ الآدمي كالزكاة، والأصح: أنه لا يمنع[٤].

وجعل الشيخ أبو علي الخلاف في المسألة وجهين، وقال: من الأصحاب من قال: لا تقويم[٥] عليه؛ لأنه غير موسر بما يملكه بل هو فقير من فقراء المسلمين، ولذلك تحِلُّ له الزكاة، فإن أبريء عن الدين لم يقوم عليه أيضاً كالمعسر يوسر[٦].

وقال الأكثرون ـ وفيهم ابن الحداد ـ: يقوم عليه؛ لأنه مالك لما في يده ناقد التصرف فيه[٧].

ولو اشترى به عبداً وأعتقه نفذ، فكذلك يجوز أن يقوَّم عليه.

فعلى هذا يُضارِبُ الشريك بقيمة نصيبه مع الغرماء، فإن أصابه بالمضاربة ما يفي بقيمة جميع نصيبه فذاك، وإلا اقتصر على حصته.

---

(١) في (أ): (الثاني).

(٢) في (أ): (التبعض)، وفي (ي): (البعض).

(٣) انظر: «الوجيز» (١/ ٨٥)، و«الروضة» (٢/ ١٩٧) حيث قال فيه: «فيه ثلاثة أقوال، أظهرها ـ وهو المذهب، والمنصوص في أكثر الكتب الجديدة ـ: لا يمنع».

(٤) انظر: «الروضة» (١٢/ ١١٢).

(٥) في (ز): (يقوم).

(٦) قوله: (يوسر) ليس في (ظ).

(٧) لفظة: (فيه) ليست في (ي).

ويعتقُ جميع العبد، إن قلنا: تحصل السراية بنفس الإعتاق.

وإن قلنا: لا تحصل بنفس الإعتاق، فيعتق من نصيبه بقدر حصته، ويبقى الباقي رقيقاً.

فإن حدث له بعد ذلك مال لم يقوم عليه الباقي، لكن لو ظهر مال كان يملكه يوم الإعتاق[1]، ضارب الشريك بقيمة الباقي فيه إلى أن يعتق الجميع.

ولو كان بين شريكين عبدٌ قيمته عشرون، فجاء إنسان وقال لأحدهما[2]: «أعتق نصيبك من هذا العبد عني، على هذه العشرة»، وهو لا يملك غيرها، فأجابه، عتق نصيبه عن المستدعي، ولا سراية؛ لأنه زال ملكه عن العشرة بما جرى، وهو لا يملك غيرها.

وإن قال: «على عشرة[3] في ذمتي»: فإن قلنا: إن الدين يمنع التقويم والسراية، لم يقوَّم عليه؛ لأنه يملك عشرة، وعليه بالالتماس والإجابة مثلها. وإن قلنا: إنه لا يمنع، فإن قلنا: السراية تحصل بنفس الإعتاق، عتق جميع العبد، وتقسم العشرة بين الشريكين بالسوية، ويبقى لكل واحدٍ منهما خمسة في ذمته.

وإن قلنا: لا تحصل بنفس الإعتاق، فيعتق من نصيب الشريك بالسراية حصة الخمسة، وهي ربع العبد ويبقى الباقي على الرق، وللشريك المستدعى منه خمسة في ذمته.

ولو كانت المسألة بحالها ولكن قيمة العبد عشرة وقلنا: الدين لا يمنع التقويم:

---

(١) من قوله: (فيعتق من نصيبه) إلى هنا ليس في (ظ).

(٢) في (أ): (أحدهما).

(٣) قوله: (على عشرة) ليس في (ظ)، وفي (ي): (على العشرة).

فإن قلنا: السراية تحصل بنفس الإعتاق، فيعتق جميع العبد، ويتضارب الشريكان في[1] العشرة أثلاثاً؛ لأن المستدعى منه يستحق عشرة، والآخر قيمة نصفه وهي خمسة.

وإن قلنا: لا تحصل بالإعتاق، فيعتق منه بالسراية بقدر حصته من العشرة، وهي ثلاثة وثُلُث، وذلك ثلث العبد، فينضم[2] ما[3] عتق باستدعائه، فيكون جميع ما عتق من العبد خمسة أسداسه.

ولو كانت المسألة بحالها، لكن قيمة العبد: ثلاثون، وقلنا: الدين لا يمنع التقويم، فإن قلنا: تحصل السراية بنفس الإعتاق، فيعتق من العبد خمسة أسداسه، النصف بالاستدعاء والإجابة، والثلث؛ لأنه موسر بقيمة الثلث، ويتضاربان في العشرة بالسوية.

وإن قلنا: السراية لا تحصل بالإعتاق، فيعتق بالسراية بقدر حصته من العشرة، وهي[4]: خمسه وذلك سدس المال، فجملة ما يعتق من العبد ثلثاه.

ويجيء في هذه الصورة وجه: أنه لا تقويم عليه بسبب آخر، وهو أنه[5] موسر بقيمة بعض نصيب الشريك لا بقيمة كُلِّه، ويجيء ذكر هذا الخلاف في الفصل.

ولو ملك نصفين من عبدين متساويي القيمة، وأعتق نصيبه منهما وهو موسر بنصف قيمة أحدهما، فينظر: إن أعتقهما معاً عتق نصيبه منهما، وسرى إلى نصف نصيب الشريك من كل واحدٍ منهما، فيكون جملة ما يعتق من كل واحد منهما ثلاثة

---

(١) قوله: (في) ليس في (ظ).

(٢) في (أ): (فيضم).

(٣) في (ز): (إلى ما).

(٤) في (ظ): (وذلك).

(٥) قوله: (أنه) ليس في (ز).

أرباعه. وهذا إذا حكمنا بالسراية في الحال، وقلنا: إن اليسار بقيمة بعض النصيب يقتضي السراية بالقسط.

وإن أعتق على الترتيب، سرى[١] إلى جميع الأول.

ثم إن قلنا: إن الدين يمنع السراية، فلا سراية في العبد الثاني؛ لأن قيمة نصيب الشريك من الأول دين عليه. وإن قلنا: لا يمنع، فيسري، وما في يده يصرف للشريك، والباقي في ذمته.

وإن كان الشقصان[٢] لشخص، صرف إلى كلّ واحدٍ منهما نصفه.

ولو ملك الشقصين وأعتقهما معاً ولا مال له غيرهما، فلا سراية؛ لأنه معسر.

وإن أعتق على الترتيب، فيعتق كل الأول؛ لأن في نصيبه من العبد الآخر وفاء بباقي العبد الذي أعتق شقصه، ثم إذا أعتق نصيبه من الثاني نفذ العتق في نصيبه، ولا سراية؛ لأنه معسر[٣].

واعترض عليه بأنه[٤] إذا وجب بإعتاق نصيبه من الأول قيمة نصيب الشريك؛ صار[٥] نصيبه من الثاني مستحق البيع لحق الشريك؛ لأنه لا يملك غيره، فوجب أن لا ينفذ[٦] إعتاقه فيه[٧]، كما أنه إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه من العبد المشترك، وقلنا:

---

(١) قوله: (سرى) ليس في (ظ).

(٢) وهي مثنى شقص ـ بكسر الشين وسكون القاف ـ: الطائفة من الشيء. انظر: «المصباح» (١/ ٣١٩).

(٣) في (أ) و(ز): (موسر). انظر: «الروضة» (١٢/ ١١٤).

(٤) في (أ): (وأنه).

(٥) قوله: (صار) ليس في (ظ).

(٦) في (ظ): (أن ينفذ).

(٧) في (ظ): (منه).

لا سراية في الحال، لا ينفذ من[1] الشريك الآخر إعتاق نصيبه على الأصح؛ لتعلق حق الأول به[2]. وأجيب عنه: بأن الحق هناك تعلق بعين ذلك النصيب. ألا تراه[3] لو اتفقا على إقامة عبد آخر مقامه، لا يجوز، وهاهنا لم يتعلق بعين نصيبه من العبد الثاني.

ولو أدى المال من موضع آخر يجوز. قال الشيخ[4] أبو علي رحمه الله: هذا على القول الذي يقول: إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه وهو موسر، عتق الكل في الحال. أما إذا قلنا: لا يعتق إلا بوصول القيمة إليه، فإذا أعتق نصيبه من الثاني نفذ العتق، وبطل التقويم؛ لأنه لم يبق له مال، وتعذر وصول القيمة إلى الثاني، وهذا ليس بواضح، وينبغي أن يكون في ذمته إلى أن يجد. فإن مات معسراً فسيأتي في التفريع على الأقوال والمسألة التي قبلها من مولدات ابن الحداد رحمه الله.

الثالثة: إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه في مرض الموت، نُظر: إن خرج جميع العبد من ثلث ماله، قوم عليه نصيب الشريك، وعتق؛ لأن تصرف المريض في ثلث ماله كتصرف الصحيح في الجميع.

وعن أحمد[5] رحمه الله: رواية، أنه لا تقويم[6] في حالة المرض.

وفي «طريقة الصيدلاني» رحمه الله: بأن إعتاق الشقص في المرض، لا يؤثر في الباقي.

---

(١) في (أ): (في).

(٢) قوله: (به) ليس في (ز).

(٣) في (ي): (ترى أنه).

(٤) قوله: (الشيخ) ليس في (ظ).

(٥) انظر: «المقنع» ص١٩٩.

(٦) في (ظ): (يقوم).

ويجوز أن يُعْلَم لذلك قوله في الكتاب: (إلا في قدر الثلث) بالحاء والألف، فإنه لا استثناء على ما ذكراه[١]، وإن لم يخرج من الثلث إلا نصيبه عتق نصيبه، ولا تقويم، وإن خرج نصيبه وبعض نصيب الشريك، قوِّم عليه ذلك القدر.

ويجيء فيه خلاف نذكره في يسار المعتق ببعض نصيب الشريك دون البعض.

وبالجملة، فالمريض[٢] في الثلث كالصحيح في الكل، وفيما زاد على الثلث هو معسر[٣].

واحتج القاضي الطبري وغيره باعتبار الثلث، على أن التقويم يكون بعد موت المريض؛ لأن الثلث يعتبر حالة الموت، حتى إذا لم يف الثلث بجميع العبد في حال إعتاقه، ثم استفاد مالاً ووُفِّي عند الموت، يقوّم عليه جميع العبد.

وفي «التهذيب»[٤]: أنه لو ملك نصفين من عبدين متساويي القيمة، فأعتقهما في مرض الموت، ينظر: إن خرج العبدان جميعاً من الثلث، عتقا، سواء أعتقهما معاً أو على الترتيب، وعليه قيمة نصيب الشريك[٥].

وإن لم يخرج من الثلث إلا نصيباه، فإن أعتقهما معاً، عَتَقَ نصيباه، ولا سراية. وإن أعتقهما على الترتيب، عَتَقَ الأول بتمامه، ولم يعتق من الثاني شيء؛ لأنه لزمه قيمة نصيب الشريك من الأول، وصار نصيبه من الثاني مستحق الصرف إليه.

وإن خرجَ من الثلث نصيباه ونصيب أحد الشريكين، فإن أعتقهما على الترتيب،

---

(١) في (ظ): (ذكره).

(٢) في (ظ): (في تصرف المريض).

(٣) انظر: «الوسيط» للغزالي (٧/ ٣٧٣).

(٤) انظر: «التهذيب» للبغوي (٨/ ٣٦٦) (٨/ ٣٧١).

(٥) في (أ): (الشريكين).

عتق جميع الأول، ولا يعتق من الثاني إلا نصيبه. وإن أعتقهما معاً، فوجهان:

أحدهما ـ وبه قال ابن الحداد رحمه الله ـ: يعتق من كل واحد منهما ثلاثة أرباعه فيعتق نصيباه، ونصف نصيب الشريك من كل واحد، كما لو أعتقهما في الصحة وهو موسر بنصيب أحدهما.

والثاني: يُقْرع بينهما، فمن خرجت له القرعة، عتق كله، ولم يعتق من الآخر إلا نصيبه؛ لأن القرعة مشروعة في العتق، ولا يصار إلى التشقيص مع إمكان التكميل(١).

وإن لم يُخرِج من الثلث إلا أحد نصيبيه، فإن أعتقهما معاً، فوجهان:

أحدهما: يعتقُ من كل واحد نصف نصيبيه، وهو ربع كل عبدٍ.

والثاني: يُقْرَع بينهما، فمن خرجت له القرعة عتق منه جميع نصيبه، ولا يعتق من الآخر شيء. قال: وهذا أصح(٢).

وظاهر اللفظ في أحكام هذه الصورة ينطبق على أن السراية تحصل بنفس العقد.

ولو أعتق النصيبين ولا مال له إلا النصيبان، قال الشيخ أبو علي رحمه الله في «الشرح»(٣):

إن أعتقهما على الترتيب، عتق ثلثا نصيبه من العبد الأول، وهو ثلث جميع ماله وثلث ذلك العبد، ويبقى للورثة سدس ذلك العبد ونصف العبد الآخر.

فإن أعتقهما معاً ومات، أقرع بينهما، فمن خرجت له القرعة، عتق منه ثُلثا نصيبه وهو ثلث ماله.

---

(١) ورد بهامش ٢ «العزيز» (١٣/٣١٨): «قال الشيخ البلقيني: لم يصحح شيئاً من الوجهين، ورجّح القاضي أبو الطيب ـ في «شرح الفروع» ـ وجه ابن الحدّاد، وقال عن الوجه الآخر: إنه ليس بصحيح».

(٢) انظر: «الروضة» (١٢/ ١٥).

(٣) من قوله: (قال الشيخ أبو علي) إلى هنا ليس في (ز).

لو[1] أوصى[2] أحد الشريكين «بإعتاق نصيبه بعد موته»، فلا سراية وإن خرج كله من الثلث؛ لأن المال ينتقل بالموت إلى الوارث ويبقى الميت معسراً، ولا تقويم على من لا يملك شيئاً وقت نفوذ العتق في نصيبه، بل لو كان العبد كله له فأوصى «بإعتاق بعضه»، فأعتق[3]، لم يسر. وكذا لو دبر أحدهما نصيبه فقال: «إذا مت فنصيبي منك حر». وإن قال في الوصية: «أعتقوا نصيبي، وكملوا العتق»، فيكمل إن خرج العبد من الثلث. وإن لم يخرج جميعه وخرج منه شيء بعد النصيب[4]، نفذت وصيتُهُ في ذلك[5] القدر[6].

وهاهنا فائدتان:

إحداهما: قال القاضي أبو الطيب رحمه الله: عندي إذا أوصى «بالتكميل»[7]، فإنما يكمل باختيار الشريك؛ لأن التقويم إذا لم يكن مستحقاً لا يصير مستحقاً باختيار المعتق، ألا ترى أن المعتق لو كان معسرًا ثم أيسر، أو قال: «قوِّموه عليَّ حتى أستقرض»، لا يجبر الشريك عليه؟

والأكثرون: أطلقوا الكلام إطلاقاً، ووَجَّههُ القاضي الروياني[8] رحمه الله: بأنه

---

(١) في (أ): (ولو أوصى).

(٢) في (ز) و(ظ): (الرابعة)، وهو خطأ.

(٣) في (أ): (وأعتق)، وفي (ظ): (وعتق).

(٤) قوله: (بعد النصيب) ليس في (أ).

(٥) قوله: (ذلك) ليس في (ز).

(٦) في (ز) و(ظ): (القدر الذي يخرج).

(٧) قوله: (عندي إذا أوصى بالتكميل) ليس في (أ).

(٨) ورد بهامش «العزيز» (١٣/ ٣١٩): «وهو في ذلك تابع لابن الصباغ، فإنه حكى كلام القاضي ثم قال: وأصحابنا أطلقوا ذلك، وما قالوه له وجه صحيح، لأن التقويم لا يجب، لأن العِتق وقع في حال زوال ملك الميت عن المال فجرى مجرى المعسر، فإذا أوصى بتكميله كانت قيمة النصف باقية على حكم تملكه، فصار بمنزلة المعسر إذا أعتق. انتهى. والذي قاله القاضي أبو الطيب متجه».

متمكن من التصرف في الثلث، وإذا أوصى «بالتكميل»، فقد استبقى لنفسه قدر قيمة العبد من الثلث، فكان موسراً به.

والثانية: ذكر الإمام[١] وصاحب الكتاب رحمهما الله: أن صورة الوصية بالتكميل: أن يقول: «اشتروا نصيب الشريك فأعتقوه»، فأما إذا قال «أعتقوه إعتاقاً سارياً»، فلا خير في هذه الوصية؛ لأنه لا سراية بعد الموت، فإن أعتقنا نصيبه فالذي أتى به وصية بمحال.

ولك أن تقول: إذا قال: «اشتروا نصيبه، وأعتقوه»، فهذا يتوقف على اختياره البيع لا محالة، فيعود الأمر إلى ما ذكره القاضي أبو الطيب رحمه الله، فإن كان لا يتوقف الأمر على اختياره، فلا يبعد أن يقال: إنه كان متمكناً من إعتاق نصيبه، والتوسل إلى عتق نصيب الشريك ببذل القيمة في حال صحته وفي مرضه أيضاً، إذا[٢] كان يخرج العبد من الثلث من غير اختيار الشريك، فتنفذ وصيته بما كان يتمكن منه بنفسه. والله أعلم.

ولو ملك نصفين من عبدين، فأوصى «بإعتاق نصيبه منهما بعد موته»، يعتق عنه النصيبان ولا سراية.

ولو قال مع ذلك: «وكملوا العتق فيهما»، نظر: إن خرج العبدان جميعاً من الثلث، كَمُلَ[٣] العتق فيهما. وإن خرج مع نصيبه[٤] الباقي من أحدهما دون الآخر، ففيه طريقان مذكوران في «التهذيب»[٥]:

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٢٢٦).

(٢) في (ي) و(ظ): (فلو).

(٣) في (أ): (تكمَّل).

(٤) في (ظ): (نصيب).

(٥) انظر: (٨/ ٣٧٢).

أحدهما: أنه على الوجهين فيما إذا أعتق في مرض الموت النصيبين، ولم يخرج من الثلث إلا نصيباه مع الباقي من أحد العبدين:

ففي وجه: يعتق من كل واحد منهما ثلاثة أرباعه.

وفي آخر: يقرع بينهما، فمن خرجت له القرعة أعتِق بتمامه، وأعْتِق من الآخر نصيبه لا غير.

والثاني: القطع هاهنا بالقرعة، والفرق أنه قصد التكميل هاهنا حيث أوصى به، فيراعى مقصوده بقدر الإمكان.

الرابعة: إذا كان الشريك المعتق موسراً ببعض قيمة الباقي دون بعض، فيه وجهان ـ عن رواية صاحب «التقريب» رحمه الله ـ:

أصحهما ـ ويحكى عن نصه رضي الله عنه في «الأم»[1] ـ: أنه يسري القدر الذي هو موسر به، مثل أن يجد نصف قيمته يعتق به نصف الباقي؛ ليقرب[2] حاله من الحرية[3] والاستقلال.

والثاني: المنع؛ لأن تقويم ذلك القدر لا يفيده الاستقلال، وثبوت أحكام الأحرار من الولاية والشهادة والإرث وغيرها، وأيضاً: فلئلا يتبعض عليه ملكه كالشفيع[4] إذا وجد بعض ثمن الشقص، لا يأخذ قسطه من الشقص.

ولو كان بين ثلاثة عبد، فأعتق اثنان نصيبهما، وأحدهما موسر دون الآخر، يقوم نصيب الثالث على الموسر بلا خلاف.

---

(١) انظر: «الأم» للشافعي (٨/ ١٢).

(٢) في (ظ): (لقرب).

(٣) في (ظ): (من الجهة).

(٤) في (ظ): (فالشفيع).

قال:

(الثاني: أن يُعتَقَ باختيارِه، فإن وَرِثَ نصفَ قريبِه فعَتقَ لم يَسْرِ، وإذا اتّهبَ أو اشترى سرى[١]).

من شرط السراية: أن يحصل العتق في نصيبه باختياره، حتى لو ورث شقصاً من قريبه الذي يعتق عليه، فعتق، لم يسر، ولم يقوَّم عليه نصيب الشريك، بخلاف ما إذا اشترى.

وجملة القول فيه: أنه إذا ملك بعض قريبه الذي يعتق عليه، عتق[٢] القدر الذي يملكه، وينظر: إن ملك لا باختياره، كما إذا ورثه لم يسر؛ لأن التقويم سبيله سبيل غرامة المتلفات، ولم يوجد منه صُنْعٌ وقصد إتلافٍ.

وإن ملكه باختياره، فإما أن يحصل الملك بطريق يقصد به اجتلاب الملك، أو بطريق لا يقصد به التملك[٣] غالباً، لكنه يتضمن حصول الملك.

أما الأول: فكالشراء، وقبول الهبة والوصية، فذلك[٤] يقتضي حصول السراية كما لو تلفظ بالإعتاق.

وإن ملكه بما يتضمن حصول الملك ولا يقصد به التملك غالباً، كما إذا كاتب عبداً فاشترى شقصاً[٥] ممن يعتق على سيده، ثم عجزه السيد، فصار الشقص له وعتق عليه، ففي السراية وجهان:

---

(١) في (أ): (سرى عليه).

(٢) في (ي): (يعتق).

(٣) في (ظ): (التمليك).

(٤) في (ز): (وذلك)، وفي (ظ): (ولذلك).

(٥) قوله: (شقصاً) ليس في (أ).

أحدهما: يسري؛ لاختياره وتسببه إلى الملك بفسخ الكتابة.

وأشبههما: لا، ويحكى عن ابن الحداد رحمه الله؛ لأنه لم يقصد التملك، وإنما قصد التعجيز وحصول الملك ضمناً.

وإن عجز المكاتب نفسه فلا يسري؛ لأنه حصل الملك والعتق بغير اختيار السيد وتسببه، كما[1] في الإرث.

ولو باع شقصاً ممن يعتق على وارثه، كما لو باع ابن أخيه بثوب، ومات ووارثه أخوه، فوجد بالثوب عيباً فرده واسترد الشقص، وعتق عليه، ففي السراية الوجهان:

وجه[2]: يسري؛ لتسببه إلى الملك بالفسخ.

وفي وجه: لا؛ لأن مقصوده: رد الثوب لا استرداد العوض، ولذلك[3] يجري الرد في الثوب، والعوض تالف.

ولو وجد مشتري الشقص به عيباً فرده، فلا سراية كما في الإرث، والخلاف في الصورتين شبيه بالخلاف فيما إذا باع الكافر عبداً أسلم في يده بثوب، ثم وجد بالثوب عيباً، هل له استرداد العبد؟

ولو أوصى لزيد بشقص ممن يعتق على وارث زيد، كما إذا أوصى له بجارية لزيد منها ابن، أو أوصى له ببعض ابن أخيه، ومات[4] زيد قبل قبول الوصية، فقبلها ابنه أو أخوه، عتق الشقص. وهل تحصل السراية؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لقصده التملك بالقبول.

---

(١) قوله: (كما) ليس في (أ).

(٢) في (ظ): (وجهان: في وجه).

(٣) في (ي): (وكذلك).

(٤) من قوله: (له بجارية لزيد) إلى هنا ليس في (ظ).

والأقرب[١]: لا؛ لأن قبوله يدخل الشقص في ملك المورث[٢]، ثم ينتقل إليه بالإرث.

ولو أوصى لزيد بشقص[٣] ممن يعتق عليه ولا يعتق على وارثه، كما لو أوصى له بشقص من ابنه[٤] أو بشقص من أمه، ووارثُهُ أخوه من الأب، فمات، وقبل الوصية أخوه، عتق ذلك الشقص على الميت، ويسري إن كان له تركة يفي[٥] ثلثها بقيمة الباقي؛ لأن قبول وارثه كقبوله في الحياة.

قال الإمام[٦]: هكذا ذكره الأصحاب رحمهم الله، وفيه وقفة؛ لأن القبول حصل من غير اختياره.

فرع:

لو باع عبداً من ابن ذلك العبد ومن أجنبي صفقة واحدة، عتق نصيب الابن، وقوِّم عليه نصيب الشريك.

وعن أبي حنيفة[٧] رحمه الله: أنه لا يضمن للأجنبي[٨] شيئاً؛ لأن ملكه لم يتم[٩] إلا بقبول شريكه، فكأنه أذن له في إعتاق نصيبه. حكاه ابن الصباغ رحمه الله.

---

(١) في (ز): (وأقربهما).

(٢) في (ز): (الوارث).

(٣) من قوله: (في ملك الموروث) إلى هنا ليس في (ظ).

(٤) في (ظ): (من أبيه).

(٥) في (أ): (ففي).

(٦) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٢٤٥).

(٧) قال في «الهداية» (٢/ ٥٨): «هذا عند أبي حنيفة رحمه الله، لأن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده، وقالا: لا خيار له، ويضمن الأب نصف قيمته، لأن يسار المعتق يمنع السعاية عندهما».

(٨) في (أ): (أجنبي).

(٩) في (ز): (لم يتم به).

قال:

(الثالث: أن لا يتَعلَّقَ(١) بمحلِّ السِّرايةِ حقٌّ لازم، فإن كانَ تعلَّقَ به رهنٌ أو كتابةٌ أو تدبيرٌ أو استيلاد، ففي الكلِّ خلاف، والاستيلادُ أولاها(٢) بالمنعِ، والتَّدبيرُ أضعفُها(٣).

فيه صور:

إحداها: إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه ونصيب الآخر مرهون، فقد ذكر في سراية العتق وجهان:

أحدُهما: لا يسري؛ صيانة لحق المرتهن.

وأصحهما: السراية، فإن حق المرتهن ليس بأقوى من حق المالك(٤)، فكما قوي الإعتاق على نقل حق الشريك إلى القيمة، يقوى على نقل وثيقة المرتهن إليها(٥).

الثانية: إذا كاتبا عبداً ثم أعتقه أحدهما، فالصحيح المشهور: أنه يسري ويقوم نصيب الشريك عليه.

وهل يقوم في الحال أو بعد العجز عن أداء نصيب الشريك؟ فيه اختلاف قول، يذكر في الكتابة بتفاريعه.

وعن صاحب «التقريب» رواية وجه أو قول: أنه لا يسري؛ إذْ لا سبيل إلى إبطال

---

(١) في (أ): (أن يتعلق).

(٢) في (أ): (أولها).

(٣) في (أ): (أضعفهما).

(٤) في (ظ): (الملك).

(٥) في (أ): (إليهما)، وفي (ظ): (الوثيقة إليها).

الكتابة كما لا سبيل إلى فسخها، ولأن السراية تتضمن النقل إلى المعتق والمكاتب لا يقبل النقل.

الثالثة: إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه ونصيب صاحبه مدبر، هل يقوم عليه نصيب الشريك؟ فيه قولان:

أقواهما: نعم؛ لأن المدبّر كالقن في جواز البيع فكذلك في التقويم.

والثاني: لا؛ لأن التقويم والسراية ليتكامل عتق العبد، وقد ثبت للمدبر سبب الحرية، فيحصل التكامل به، وأيضاً فلئلا يبطل على الشريك قربة مهد سببها[1].

قال الإمام[2] رحمه الله: وهذا شديد الشبه عندي بما إذا دبرت المرأة العبد المصدق، ثم طلقها الزوج قبل الدخول.

ثم إن قلنا: لا تسري، فلو رجع السيد عن التدبير، فهل يسري حينئذ؟ قال أكثرهم: لا، كما لو أعتق وهو معسر، ثم أيسر.

وعن رواية الشيخ أبي محمد رحمه الله، وجه: أنه يسري؛ لأن منع السراية كان على توقع العتق بموجب التدبير، وقد بطل ذلك التوقع، وعلى هذا فيحكم بالسراية عند ارتفاع التدبير[3] أو بتبين إسنادها[4] إلى وقت الإعتاق؟ فيه وجهان.

الرابعة: إذا أعتق نصيبه، وقد ثبت حكم الاستيلاد في نصيب الآخر، بأن كان الآخر قد استولدها وهو معسر، فهل يسري الإعتاق؟ حكى صاحب الكتاب والإمام[5] رحمهما الله فيه اختلاف وجهٍ:

---

(١) في (ي): (سبيلها).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٣٣٣).

(٣) من قوله: (وقد بطل ذلك التوقع) إلى هنا ليس في (ظ).

(٤) في (ظ): (وقد أيسر استنادها).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٢٠٨).

الأصح: المنع؛ لأن السراية تتضمن النقل، وأم الولد لا تقبل النقل من مالك إلى مالك.

وقد يوجه الآخر: بأن الإعتاق وسرايته ينزل منزلة الإتلاف، وإتلاف أم الولد يوجب القيمة.

ولو استولدها أحدهما وهو معسر وقت الاستيلاد، ثم استولدها الثاني أيضاً وثبت حكم الاستيلاد في نصيبه، ثم أعتقها أحدهما وهو موسر[(١)]، ففي السراية ما ذكرنا.

فإذا جعلنا هذه الأمور مانعة من السراية، انتظم أن يقال: شرط السراية: أن لا يتعلق بمحلها حقٌّ لازمٌ[(٢)].

قال:

(الرّابع[(٣)]: أن يَتمكَّنَ العتقُ[(٤)] من نصيبِه أولًا، فلو قال: أعتقتُ نصيبَ شريكي، لَغَا قولُه، ولو قال: أعتقتُ نصفَ هذا العبد، عتقَ جميعُ نصيبِه، لكن لو قال: بعتُ نصفَ هذا العبد، فينزلُ على نصفٍ شائع، ليبطلَ في البعضِ أو يُخصَّصَ بنصيبِه[(٥)]، فيه وجهان، وكذا في الإقرار، والأولى تخصيصُ البيع بنصيبِه وإشاعةِ الإقرار).

---

(١) في (ز): (معسر).

(٢) قوله: (لازم) ليس في (ظ).

(٣) قوله: (الرابع) ليس في (ظ).

(٤) في (ظ): (الحق).

(٥) قوله: (بنصيبه) ليس في (ظ).

يشترط في السراية: أن يوجه المعتق الإعتاق على ما يملكه من العبد؛ ليتمكن العتق في نصيبه أولاً ثم يسري، وذلك بأن يقول: «أعتقت نصيبي من هذا العبد» أو: «النصف الذي أملكه».

فلو قال: «أعتقت نصيب شريكي من هذا العبد»، أو: «نصيب شريكي من هذا العبد حرٌّ»، فهو لغو، لا يؤثر في نصيب الشريك، ولا في نصيبه.

وإن أطلق، وقال للعبد ـ وهو يملك نصفه ـ: «أعتقت نصفك»، فعلام يحمل؟ وجهان:

أحدهما: على النصف الذي يملكه، فإن الإنسان إنما يعتق ما يملكه.

والثاني: أنه يجري اللفظ على إطلاقه، ويحمل على النصف شائعاً؛ لأنه لم يخصصه بملك نفسه.

وعلى التقديرين، يعتق جميع العبد إذا كان موسراً:

أما على التقدير **الأول**: فيعتق نصيبه الذي يملكه ثم يسري.

وأما على **الثاني**: فلأنه يعتق نصيبه، وهو ربع العبد ثم يسري إلى باقي نصيبه، ثم إلى نصيب الشريك.

قال الإمام[1] رحمه الله: ولا يكاد يظهر لهذا الخلاف فائدة، إلا أن يفرض تعليق[2] طلاق أو عتاق، بأن يقول: «إن أعتقت نصفي من هذا العبد، فامرأتي[3]

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٢٠٥).

(٢) في (أ): (تعلق).

(٣) في (أ): (وامرأتي).

طالق»، فإذا قلنا: «نصفك[١] حر»، وقلنا[٢] بالوجه الأول: يقع الطلاق، وإن قلنا بالثاني: لا يقع.

وإذا باع نصف العبد المشترك بينه وبين غيره على المناصفة: فإن قال: «بعت النصف الذي أملكه من هذا العبد» أو «نصيبي منه»، وهما يعلمان قدره، فلا إشكال.

وإن أطلق، وقال: «بعت نصفه»، فوجهان:

أحدهما: ينصرف اللفظ إلى ما يملكه، فإن الذي يقدم على بيعه ما يملكه[٣].

والثاني: يقع شائعاً؛ لإطلاق اللفظ، فعلى هذا يكون بائعاً لنصف نصيب الشريك فلا يصح البيع فيه، ولنصف نصيبه فيكون على تفريق الصفقة.

ولو أقر لإنسان بنصف العبد المشترك، ففيه هذان الوجهان، فإن قلنا بالأول: فقد أقر بنصفه[٤] المعروف به. وإن قلنا بالثاني: فقد أقر بنصف نصيب نفسه ونصف نصيب شريكه.

وقال أبو حنيفة[٥] رحمه الله: يحمل النصف المطلق في البيع[٦] على ما يملكه؛ لأن الظاهر أن الإنسان لا يبيع ما لا يملكه، وفي الإقرار على الإشاعة؛ لأن الإقرار إخبار، ولا يمنع[٧] أن يخبر أن ما في يد زيد ملك عمرو.

---

(١) في (ز): (نصفه).

(٢) في (ز): (على الوجه).

(٣) في (ز): (يتقدم على بيعه ما تملكه)، وفي (ظ): (يقوم).

(٤) في (أ) و(ي) و(ظ): (بنصف).

(٥) انظر: «الهداية» (٢/ ٥٥).

(٦) قوله: (في البيع) ليس في (ظ).

(٧) في (ز): (يمتنع).

واستحسن الإمام[1] رحمه الله: هذا الفرق، وبه أخذ صاحب الكتاب، فقال: (والأولى تخصيص البيع بنصيبه، وإشاعة الإقرار). وفي «التهذيب»[2]: أن الأصح في البيع أيضاً: الحمل على الإشاعة.

فرعان من «المولدات»[3]:

أحدهما: إذا قال أحد الشريكين للعبد: «إذا دخلت دار كذا، فأنت حرٌّ» أو «فنصيبي منك حرٌّ»، وقال الآخر مثل ذلك، فإذا دخلها عتق على كل واحد منهما نصيبه ولا تقويم؛ لأن النصيبين عتقا دفعة واحدةً، وإنما يقوم إذا تقدم إعتاق أحدهما، ولا فرق بين أن يكونا موسرين أو معسرين، أو أحدهما موسراً والآخر معسراً.

وكذا لو قال أحد الشريكين للعبد: «إذا كلمت فلاناً، فنصيبي منك حرٌّ»، وقال الآخر: «إذا شتمته فنصيبي منك حرٌّ»، فشتمه، يعتقان معاً.

وكذا الحكم لو وكلا رجلاً بالعتاق، فأعتق كله دفعةً واحدة.

ولا أثر لوقوع التعليقين، والتوكيلين في وقتين مختلفين، وإنما العبرة بوقت[4] الوقوع، ألا ترى أنه لو قال لامرأته قبل الدخول: «إذا دخلت الدار، فأنت طالق طلقة»، ثم قال بعد ذلك: «إذا دخلتها فأنت طالق طلقتين»، فإذا دخلتها، تطلق ثلاثاً كما لو قال: «فأنت طالق ثلاثاً».

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٢٠٦). وقال النووي في «الروضة» (١٢/ ١١٩): «الراجح قول أبي حنيفة. والله أعلم».

(٢) «التهذيب» للبغوي (٤/ ٢٠٦).

(٣) قوله: (من المولدات) ليس في (ظ).

(٤) في (أ): (لوقت).

الثاني: إذا قال أحد الشريكين للعبد المشترك: «أنت حرٌّ قبل موتي بشهر»، وقال الآخر: بعده بيوم مثلاً، فله أحوال:

أحدها: أن يموت المعلق لما دون شهر من وقت التعليق، فيعتق العبد كله على الثاني المنجز إن كان موسراً؛ لأنه لا يمكن أن يعتق والحالة هذه بالتعليق؛ لأنه لو عتق بالتعليق لعتق عتقاً متقدماً على الموت بشهر، ولو عتق هكذا لعتق قبل التعليق.

وكذا الحكم لو مات بعد مضي شهرين[1] من أول شروعه في لفظ التعليق بلا زيادة، وما لم يمض شهر من وقت تمام التعليق، لا يمكن أن يعتق بالتعليق.

الثانية: إذا مات لأكثر من شهر من وقت التعليق بأيام، فيعتق جميعه على الثاني أيضاً؛ لأن العتق بالتعليق[2] يتقدم على الموت بشهر، لا ينعطف أكثر من ذلك، وإعتاق المنجز يتقدم على الشهر المتقدّم[3] على الموت، فتؤخذ قيمة نصيبه المعلق من المنجز، وتدفع إلى ورثة المعلق. هذا إذا قلنا: السراية تحصل بالإعتاق، أو قلنا: بالتبيين.

وإن قلنا أنها تحصل عند أداء القيمة، فإذا سبق وقت العتق بالتعليق أداء القيمة، كان في نفوذ العتق عن المعلق وجهان، على ما سنذكر في تفريع أقوال السراية.

الثالثة: إذا مات على رأس شهر من تمام صيغة[4] التعليق، فيعتق جميع العبد على الأول؛ لتقدم وقت العتق بالتعليق على التنجيز.

الرابعة: إذا مات على رأس شهر من تمام كلام المنجز، فيعتق على كل واحد منهما نصيبه، ولا تقويم؛ لوقوع العتقين معاً.

---

(١) في (أ): (شهر).

(٢) قوله: (بالتعليق) ليس في (ظ).

(٣) في (ظ): (المقدّم).

(٤) في (أ): (صفة).

قال:

(ثم إذا وُجِدَت[1] الشُّروط، فَتتعجَّلُ[2] السِّرايةَ على قول، ويَتوقَّفُ على أداءِ القيمةِ على قول، وعندَ الأداءِ يتبيَّنُ استنادُ العِتقِ على قول، وينبني[3] على الأقوالِ مسائل:

الأولى: في تَعجيلِ سرايةِ[4] الاستيلادِ تجري فيه[5] الأقوال، والعتقُ أولى بالتَّعجيل؛ لأنه تَنجيز، وقيلَ عكسُه؛ لأن الاستيلادَ فعل).

متى تثبت السراية حيث يحكم بها، فيه ثلاثة أقوال[6]:

أصحها[7] ـ وبه أجاب في «اختلاف الحديث» و«اختلاف العراقيين» و«كتاب الوصايا» ـ: أنها تثبت بنفس إعتاق الشريك، وبه قال أحمد[8]؛ لما روي أنه ﷺ قال: «إذا كان العبد بين اثنين، فأعتق أحدهما نصيبه وكان له مال، فقد عتق كله»، ويروى: «فهو حرٌّ كله»، ويروى: «من أعتق شركاً له في عبد وكان له مال يبلغ قيمة العبد، فهو عتيق»[9].

---

(١) في (ظ): (وجد).

(٢) في (أ) و(ي) و(ظ): (فتعجل).

(٣) في (ي): (فيبنى).

(٤) في (ظ): (تسوية)، وفي (ز): (تسرية).

(٥) قوله: (فيه) ليس في (أ) و(ي) و(ز).

(٦) في (أ): (فيه ثلاثة أوجه، أو ثلاثة أقوال).

(٧) انظر: «الروضة» (١٢/ ١٢٠-١٢١)، حيث نقل فيها النووي: «أظهرها: بنفس إعتاق الشريك»، وانظر: «مغني المحتاج» (٤/ ٤٩٥).

(٨) انظر: «المقنع» ص١٩٨، و«المغني» (١٤/ ٣٥٣).

(٩) الحديث برواياته متفق عليه بهذه الألفاظ وزيادة، أخرجه البخاري في «صحيحه» (٣/ ١١٧)، =

ولأن يساره بقيمة الباقي أقيم مقام كون الباقي له في اقتضاء السراية، فيحصل بنفس اللفظ كما لو أعتق بعض عبده، ولأن الباقي مقوّم عليه على ما مرّ في الخبر، والتقويم عليه يشعر بحصول الإتلاف.

والثاني ـ ويحكى عن القديم وغيره، وبه قال مالك[1] رحمه الله ـ: أن السراية لا تحصل إلا إذا أدى قيمة نصيب الشريك؛ لأن التقويم لإزالة الضرر على العبد والشريك، وفي إزالة ملك الشريك قبل حصول العوض إضرار به، فإنه قد يفوت بهرب وغيره، والضرر لا يزال بالضرر، ولذلك نقول بتوقف التملك بالشفعة على تسليم العوض.

والثالث: أنا نتوقف، فإن أدى القيمة، بان حصول العتق من وقت اللفظ، وإن فات، تبينا أنه لم يعتق، ووجِّه: بأن الحكم بالعتق يضرُّ بالسيد، والتأخير إلى أداء القيمة يضر بالعبد، والتوقف أقرب إلى العدل، ورعاية الجانبين، وهذا القول فيما ذكر بعضهم مخرجٌ للأصحاب.

والأكثرون قالوا: هو منصوص في «البويطي» و«حرملة».

ويجوز أن يعلم لما بينا قوله في الكتاب: (فتتعجل السراية) بالميم.

وقوله: (ويتوقف[2] على أداء القيمة) بالألف.

وقوله: (ويتبين استناد العتق) بهما جميعاً.

= كتاب العتق وفضله، باب إذا أعتق عبداً بين اثنين أو أَمَةً بين شُركاء، ومسلم في «صحيحه» (١٠/ ١٣٥)، كتاب العتق، وانظر: «التلخيص الحبير» (٤/ ٢١٢).

(١) انظر: «مختصر خليل» ص٢٩٣.

(٢) في (ز): (فيتوقف).

واعلم أنه ساعد المزني على اختيار القول الأول معظم الأصحاب رحمهم الله، لكن ضايقوه في التوجيه والتعليل على دأبهم معه، وأكثر ما احتج به من الوجوه يصلح[١] للترجيح، ولم أطوِّل لحكايتها، ويتعلق بالأقوال ويتفرع عليها مسائل مذكورة في الكتاب وغيره، ونقدم ما في الكتاب:

فمنها: إذا أولد أحد الشريكين الجارية المشتركة بينهما بالسوية: فإن كان موسراً سرى الاستيلاد كالعتق، وسرى بنفس العلوق، أو عند أداء القيمة، أو يتبين بأدئها حصول السراية عند العلوق؟ فيه الأقوال المذكورة في العتق.

وهل بين العتق والاستيلاد ترتيب، أم يستويان؟ وبتقدير الترتيب، فالعتق أولى[٢] بالسراية، أو الاستيلاد؟ فيه الخلاف المذكور في الرهن[٣].

وعلى الأقوال، يجب على المستولد نصف المهر للشريك مع نصيب قيمة الجارية.

ثم إن قلنا بحصول الملك بأداء القيمة، فيجب مع ذلك قسط نصيب الشريك من الولد. وإن قلنا: يحصل بالعلوق أو قلنا بالتبيين، فقد حكى الإمام[٤] خلافاً للأصحاب رحمهم الله في أنه يثبت بعد العتق أو قبله. إن قلنا بعده، وجب نصف قيمة الولد أيضاً. وإن قلنا قبله، لم يجب، وهذا ما أجاب به في «التهذيب»[٥].

---

(١) في (ظ): (ولا يصلح).

(٢) قوله: (أولى) ليس في (ي).

(٣) انظر: «الوجيز» (١/ ١٦٤) حيث قال: «والاستيلاد مرتب على العتق وأولى بالنفوذ، لأنه فعل. وقيل بنقيضه، لأن العتق منجز».

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٢١١-٢١٢).

(٥) قوله: (في التهذيب) ليس في (أ)، وانظر: (٨/ ٣٦٥).

ولو وطئها الثاني قبل أداء القيمة: فإن أثبتنا السراية بنفس العلوق، فعلى الثاني كمال المهر للأول، وللثاني على الأول نصفه، فيقع نصف المهر في التقاص. وإن قلنا: تحصل عند أداء القيمة، فعليه نصف المهر، وله على الأول نصفه، فيقع في التقاص.

وإن كان الذي أولد معسراً، ثبت الاستيلاد في نصفه، ونصف الآخر قنٌّ. ويكون الولد حراً كله[١]، أو يتبعض فيه الرّقّ والحرّية؟ فيه وجهان أو قولان. والصورة مذكورة في الكتاب، مشروحة في أحكام الغنائم.

قال:

(الثانية: عبدٌ بينَ ثلاثة، لأحدِهم نصفُه، وللآخرِ[٢] ثلثُه، وللآخرِ سدسُه، فأعتقا وسرى، فالقيمةُ للسِّراية على عددِ رؤوسِهما أم على[٣] قدرِ ملكِهما؟ فيه قولان).

عبد بين ثلاثة، لأحدهم نصفه وللآخر ثلثه وللثالث سدسه، فأعتق أحدهم نصيبه وهو موسر، سرى[٤] العتق إلى نصيب الشريكين.

وإن كان موسراً ببعض قيمة الباقي، وقلنا بالتصحيح، قوِّم عليه بنسبة المقدور عليه من نصيب كل واحد منهما.

فإن كان موسراً بثلث الباقي، قوِّم عليه ثلث نصيب كل واحد منهما.

---

(١) قوله: (كله) ليس في (ز).

(٢) قوله: (نصفه وللآخر) ليس في (ظ) و(ز).

(٣) في (ي) و(ج) و(ظ) و(ز): (أو على).

(٤) في (ظ): (يسري).

ولو أعتق اثنان منهم نصيبهما معاً، أو علقا بشرط واحد، أو وكّلا رجلاً بالإعتاق عنهما، فأعتق نصيبهما دفعة واحدة، فإن كان أحدهما موسراً قوم نصيب الثالث، وإن كانا موسرين قوم نصيب الثالث عليهما.

وكيف يقوم عليهما معاً؟ فيه طريقان:

أحدهما: أن فيه قولين:

أحدهما: أنه تجعل القيمة عليهما بالسوية.

والثاني: أنها تجعل عليهما على قدر الملكين[1]، فإذا أعتق صاحب النصف وصاحب السدس، غرم صاحب النصف ثلاثة أرباع قيمة الثلث، وصاحب السدس ربعها.

قال في «النهاية»: والقولان ينبنيان على أن الشفعة على عدد الرؤوس، أو على قدر[2] الأنصباء.

والثاني: القطع بأنها على عدد الرؤوس بخلاف الشفعة على أحد القولين.

وفرق بينهما: بأن الأخذ بالشفعة من فوائد الملك ومرافقه، فيكون على قدر الملك كالثمرة والنتاج، والقيمة الواجبة هاهنا سبيلها سبيل ضمان المتلفات[3]، وفي ضمان الإتلافات لا يفرق الحال بين أن تقل الجناية أو تكثر، ألا ترى أنه لو جرح واحد جراحة، والآخر جراحاتٍ، فمات المجروح[4] منها، تكون الدية عليهما بالسوية.

---

(١) في (ظ): (الماليين).

(٢) في (ظ): (أو على قيمة).

(٣) في (ي) و(ز): (الإتلافات).

(٤) في (ظ): (المجروحان).

وهذه الطريقة أظهر[١] باتفاق فرق الأصحاب، لكن الإمام[٢] رضي الله عنه ارتضى طريقة القولين، وهي التي أوردها صاحب الكتاب.

وعن مالك رحمه الله، روايتان كالقولين[٣].

قال:

(الثالثة: إذا حكَمنا بتأخُّر السِّراية، فيجبُ أقصى قيمتِه[٤] من يومِ الإعتاقِ إلى يومِ الأداء، وقيل: بل يُعتبرُ يومُ الأداء[٥]، وقيل: بل يومُ الإعتاق. ولو اختلفا في قَدرِ القيمة، فالصَّحيح[٦] أن القولَ قولُ الغارِمِ إلا أن يدَّعَي الغارمُ نقيضَةً طارئةً؛ فيُخرَّجُ على قوليَ تَقابلِ الأصلَين).

إن قلنا: السراية تحصل بنفس الإعتاق، أو قلنا[٧] بالتبيين، فتعتبر[٨] قيمة يوم الإعتاق. وإن قلنا بتأخرها إلى يوم الأداء، فقد حكى الإمام[٩] وصاحب الكتاب وجوهاً:

أحدها: أن المعتبر قيمة يوم الأداء[١٠]؛ لأن التلف يحصل يومئذ.

---

(١) انظر: «الوسيط» (٧/ ٣٦٧)، و«التهذيب» (٨/ ٣٧٠)، و«الروضة» (١٢/ ١٢١)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٤٩٨).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٢٢٢).

(٣) «مختصر خليل» ص٢٩٤.

(٤) في (ظ): (قيمة).

(٥) في (أ): (إلى يوم الموت).

(٦) في (ز) و(ظ): (فالقول الصحيح).

(٧) قوله: (قلنا) ليس في (ز).

(٨) في (ظ): (فتتعين).

(٩) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٢٢٠-٢٢١).

(١٠) في (ظ): (الولادة).

والثاني: تعتبر قيمة يوم الإعتاق؛ لأن الحجر على المالك يحصل يومئذ.

والثالث: أنه تعتبر أقصى القيم من يوم الإعتاق إلى يوم الأداء؛ لأن الإعتاق سبب يدوم أثره إلى التلف، فيكون بمثابة جراحة العبد، ومن جرح عبداً ثم مات بعد مدة، يعتبر أقصى القيم من يوم الجرح إلى الموت[١]، وكذا إذا غصب عبداً وتلف في يده، يجب[٢] أقصى القيم؛ لأنا ننزل الغصب منزلة التسبب إلى التلف. وهذا ما رآه الإمام[٣] رحمه الله الصواب، ونظم الكتاب يقتضي ترجيحه.

لكن الذي أورده أكثرهم ووجهوه: بأن الإعتاق هو السبب الموجب للتقويم، وإن تأخر التقويم فهو كالمفوضة يجب لها مهر المثل بالدخول باعتبار يوم العقد؛ لأن البضع دخل في ضمانه يومئذ، وعلى أن في المفوضة وجهاً آخر: أنه يعتبر يوم الإصابة.

ولو اختلفا في قيمة العبد، فقال المعتق: «قيمتة مئة»، وقال الشريك: «بل مئتان»: فإن كان العبد حاضراً والعهد قريب، فصل الأمر بمراجعة المقومين.

وإن مات العبد أو غاب أو تقادم العهد، فمن المصدق باليمين منهما؟ فيه قولان:

أصحهما ـ وهو اختيار المزني ـ: المعتق؛ لأنه الغارم، وهذا كما أنه إذا اختلف الغاصب والمالك في قيمة المغصوب بعد تلفه، يصدق الغاصب.

والثاني: أن المصدق الشريك؛ لأن المعتق يتملك عليه قهراً فيصدق المتملك[٤] عليه، كما إذا اختلف الشفيع مع المشتري في الثمن المأخوذ به، يصدق المشتري.

---

(١) في (ي): (إلى يوم الموت).

(٢) قوله: (يجب) ليس في (ي)، وفي (ز): (يلزمه).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٢٢١).

(٤) في (ظ): (المالك).

وعلام يُبنى القولان؟ قال أكثرهم: هما مبنيان على أن السراية تتعجل باللفظ، أو تتأخر إلى أداء القيمة: إن قلنا: تتعجل، فالمصدق المعتق؛ لأنه غارم. وإن قلنا: تتأخر، فالمصدق الشريك؛ لأن ملكه باق، فلا ينتزع إلا[١] بما يقوله كما في المشتري مع الشفيع.

وعن القفال: أن القولين جاريان سواء قلنا بتعجل السراية أو بتأخرها، وهما كما نص الشافعي رضي الله عنه فيمن اشترى عبدين ومات أحدهما عنده[٢] ووجد بالآخر عيباً وقلنا: إن له[٣] أن يفرده بالرد ويسترد حصته من الثمن.

فلو اختلفا في قيمة العبد ليعرف حصة المردود من الثمن، فقد ذكر قولين:

أحدهما: أن المصدق[٤] البائع؛ لأنه ملك جميع الثمن، والآن يحتاج إلى الرد فهو غارم.

والثاني: أن المصدق المشتري؛ لأن البائع يدعي عليه: «أنك تملكت العبد التالف بثلثي الثمن» مثلاً، وهو يقول: «تملكته بالنصف».

قال الصيدلاني: وفائدة[٥] الطريقتين في الأب إذا استولد جارية ابنه: فإن بنينا[٦] القولين على أن السراية متى تحصل؟ فهناك المصدق في قيمة الجارية الأب؛ لأنه ليس هناك قول أن الاستيلاد يتوقف على أداء القيمة.

وإن لم نبن على ذلك الأصل، فهاهنا[٧] أيضاً قولان:

---

(١) قوله: (إلا) ليس في (أ).

(٢) قوله: (عنده) ليس في (ظ).

(٣) قوله: (إن له) ليس في (أ).

(٤) في (ظ): (أن المشتري)، وهو خطأ.

(٥) في (ظ): (وتظهر فائدة).

(٦) قوله: (بنينا) ليس في (ظ).

(٧) في (أ) و(ز) و(ظ): (فهناك).

أحدهما: يصدق الأب؛ لأنه غارم.

والثاني: الابن؛ إذ الأصل[١] أن لا يستحق إلا بما[٢] يزعم.

ولو اختلفا في صفة في العبد تزيد بها القيمة، وهما متفقان على قيمته لو لم توجد تلك الصفة، مثل أن يدعي الشريك: «أنه كان خبازاً»، وأنكر المعتق: فإن كان العبد حاضراً وهو يحسن الصنعة، ولم يمض من الزمان بعد الإعتاق ما يمكن تعلمها فيه، فيصدق الشريك.

وإن مضى من الزمان ما يمكن التعلم فيه، أو كان العبد غائباً أو ميتاً، فطريقان:

أحدهما: أن في المصدق منهما قولين؛ لأنهما مختلفان في قدر القيمة كما في الصورة السابقة.

وأصحهما ـ وبه قال أبو إسحاق ـ: أن القول قول المعتق؛ لأن الأصل عدم الصنعة التي يدعيها الشريك، وبراءة ذمته عن الزيادة التي يدعيها الشريك.

ولا يقبل قول العبد على الشريك: «إني لست بخباز»؛ لأنه قد يكتم الصنعة، ولا على المعتق: «إني أحسنها»، بل يجرب.

ولو اختلفا في عيب بالعبد ينقص القيمة، ينظر: إن ادعى المعتق عيباً في أصل الخلقة، بأن قال: «كان أكمه أو أخرس»، وقال الشريك: «بل كان بصيراً ناطقاً»، وقد غاب العبد أو مات، فيصدق المعتق بيمينه؛ لأن الأصل براءة ذمته، والأصل عدم ما يدعيه الشريك.

ومنهم من يجعله على قولين، كما لو اختلفا في مقدار القيمة مطلقاً.

---

(١) في (ظ): (لأنّ الأصل).

(٢) قوله: (بما) ليس في (ز).

والظاهر: الأول، لكن خصصه في «التهذيب»[1] بما إذا ادعى النقيصة في الأعضاء الظاهرة. أما إذا ادعاها في الأعضاء الباطنة، فهو على القولين فيما إذا ادعى حدوث العيب بعد أصل السلامة. والفرق: أن في الأعضاء الظاهرة يتمكن الشريك من إثبات السلامة.

وإن ادعى حدوث[2] عيب بعد السلامة، بأن زعم «ذهاب بصره» أو «كونه آبقاً» أو «سارقاً» فقولان:

أحدهما: أنه يصدق المعتق؛ لأن الأصل براءة ذمته.

وأصحهما[3] ـ على ما ذكره الروياني وصاحب «التهذيب»[4] رحمهما الله ـ: أن المصدق الشريك؛ لأن الأصل عدم حدوث العيب.

وعن الماسرجسي: بناء القولين على أن السراية تتعجل أو تتأخر، إن تعجلت صدق المعتق؛ لأنه غارم، وإلا فلا، وقد سبق مثله.

وخصص بعضهم القولين بما يشاهد ويطلع عليه، وقطع فيما لا يشاهد بتصديق الشريك؛ لعسر إثباته بالبينة.

وقوله في الكتاب: (فيخرج على قولي تقابل الأصلين)، المقصود منه ما بينه الإمام[5] وصاحب الكتاب في «الوسيط»[6]، وهو أنه ليس المعني بتقابل الأصلين: بقاؤهما بحيث يستحيل الترجيح؛ لأن التعارض المحقق يقتضي سقوط القولين، ولا بد من الفتوى بأحدهما، وتخيير المفتي بين متناقضين لا وجه له.

---

(١) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٣٧٠-٣٧١).

(٢) من قوله: (العيب بعد أصل السلامة) إلى هنا ليس في (أ) و(ظ).

(٣) من قوله: (أحدهما أنه يصدق المعتق) إلى هنا ليس في (ظ).

(٤) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٣٧١).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٢٢٤).

(٦) «الوسيط» للغزالي (٧/ ٤٦٧).

لكن يُطلب الترجيح من مدرك آخر[١] سوى استصحاب الأصول، فإن لم يظهر وجب التوقف إلى أن يظهر.

نعم، خصصت[٢] المسائل التي يتدانى فيها مأخذان، ويتقابل أصلان بحيث يدق فيها الترجيح بهذا اللقب[٣]، وذلك كوجوب فطرة العبد المنقطع خبره، فالأصل براءة الذمة من جانب وبقاء الحياة من جانب، وكما في دعوى حدوث العيب في العبد[٤]، فإن الأصل عدم الحدوث من جانب وبراءة الذمة من جانب، فإن لم يسلم الغارم أصل السلامة خرجت الصورة عن جانب[٥] التقابل.

قال:

(الرابعة: لو ماتَ المُعتقُ قبلَ الأداءِ على قولِ التَّوقُّف، فالقيمةُ في تركتِه. ولو ماتَ العبد، ففي سقوطِ القيمةِ وجهان[٦]. ولا ينفذُ بيعُ الشَّرِيكِ قبلَ الأداء، وفي إعتاقِهِ وجهان. ومهما أعسَرَ المُعتقُ قبلَ الأداء، ارتفعَ الحَجرُ عن[٧] الشَّرِيك).

في الفصل مسألتان[٨]:

---

(١) في (ي): (من أوجه أخر).

(٢) في (أ): (خصص).

(٣) قوله: (بهذا اللقب) ليس في (ظ).

(٤) في (ي) و(ز) و(ظ): (في الفصل).

(٥) في (ي) و(ز): (قالب).

(٦) قوله: (وجهان) ليس في (ظ).

(٧) في (ز): (على).

(٨) في (ي) و(ز) و(ظ): (جملتان).

إحداهما: إذا مات المعتق قبل أداء القيمة، أخذت من تركته. أما إذا قلنا بتعجيل السراية، أو قلنا بالتبيين، فظاهر.

وأما إذا أخرناها إلى أداء القيمة؛ فلأن الإعتاق وجد في الحياة، وصار عتق نصيب الشريك مستحقاً به وذلك مما يوجب القيمة.

وقد يُوجدُ سببُ الضمان في الحياة ويتأخر الوجوب عنها، كمن حفر بئراً في محل عدوانٍ، وتردى فيها بهيمة أو إنسان بعد موته.

وإن أعسر بعد الإعتاق ومات معسراً: فإن أثبتنا السراية بنفس الإعتاق، فالقيمة في ذمته. وإن قلنا بالقولين الآخرين، لم يعتق نصيب الشريك. ذكره في «التهذيب»[١].

وقوله في الكتاب: (ولو مات المعتق قبل الأداء على قول[٢] التوقف)، لم يرد به التوقف في الحكم إلى أن يوجد الأداء أو لا يوجد[٣]، ولكن أراد توقف العتق على أداء القيمة، كما ذكر في التعبير عن الأقوال، فيقال: ويتوقف على أداء القيمة[٤] على قول.

ثم الحكم المذكور، وهو أن القيمة في تركته، لا يختص بهذا القول، بل هو على سائر الأقوال أظهر، وإنما خصَّه بالذكر؛ لأنه موضع الشبهة.

ولو مات العبد قبل أداء القيمة: فإن قلنا: السراية تحصل بالإعتاق، مات حراً موروثاً منه، ويؤخذ قيمة نصيب الشريك. وإن قلنا بالتبيين، وجب[٥] أداء القيمة، فإذا أديت، بان أن الأمر كذلك. وإن قلنا بتأخر السراية إلى وقت الأداء، فوجهان:

---

(١) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٣٦٣).

(٢) قوله: (قول) ليس في (أ).

(٣) قوله: (أو لا يوجد) ليس في (أ).

(٤) من قوله: (كما ذكر في التعبير) إلى هنا ليس في (ظ).

(٥) في (أ) و(ي): (وقف إلى).

أظهرهما: أنها تسقط؛ لأن وجوب القيمة لتحصيل العتق، والميت لا يعتق.

والثاني: المنع؛ لأنه مال[1] استحق في الحياة فلا يسقط بالموت.

وذكر الإمام[2] على هذا: أنه يجب على المعتق قيمة نصيب شريكه، ثم يتبين أن العتق حصل قبيل موته.

وهو يضاهي مذهب أبي حنيفة رحمه الله في أن المكاتب إذا حلف وفاءً، تؤدى النجوم منه، ويتبين أنه عتيق[3] قبل الموت.

وفي «التهذيب»[4] ـ تفريعاً على تأخير السراية ـ: أنه يموت نصفه رقيقاً، ثم ذكر الوجهين في أن الشريك هل يطالبه بقيمة نصيبه؟ وهذا بعيد.

الثانية[5]: إذا أعتق الشريك نصيبه قبل أخذ القيمة، لم ينفذ إن أثبتنا السراية في الحال، وإن أخرناها إلى أداء القيمة فوجهان:

أحدهما: لا ينفذ أيضاً؛ لأن المعتق استحق أن يملكه بالقيمة ليعتق عليه ويكون ولاؤه له، ولا يجوز صرف العتق عن المستحق إلى غيره، كما أن المستولدة لما صارت مستحقة العتق على السيد، لم يجز صرف عتقها إلى غيره.

والثاني ـ وبه قال أبو حنيفة والإصطخري وأبو علي بن خيران وابن أبي هريرة رحمهم الله ـ: أنه ينفذ[6]؛ لمصادفته الملك. وأيضاً: فلأن المقصود تكميل العتق،

---

(١) قوله: (مال) ليس في (ي).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٢١١).

(٣) في (أ) و(ي): (عتق قبيل).

(٤) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٣٦٣).

(٥) في (أ): (الحالة الثانية)، وفي (ي) و(ظ): (الجملة الثانية).

(٦) قوله: (ينفذ) ليس في (ي).

والتكميل يحصل به ويغني عن القيمة. وهذا أظهر عند الصيدلاني. والأول أظهر عند معظم الأصحاب[(١)] رحمهم الله.

فإن قلنا: ينفذ الإعتاق، فعن القاضي الحسين رحمه الله: أن في البيع والهبة ونحوهما وجهين، والظاهر ـ وهو المذكور في الكتاب ـ: المنع، وعن الشيخ أبي محمد[(٢)]: القطع به.

وإذا قيل بنفوذ البيع، فهل للشريك أن يتبع البيع بالنقض ويبذل القيمة كما ينقض الشفيع بيع المشتري؟ فيه احتمال للإمام[(٣)].

وللشريك مطالبة المعتق بقيمة نصيبه على الأقوال جميعاً[(٤)]: أما على غير قول التأخير، فظاهر. وأما على[(٥)] التأخير؛ فلأنه محجور ممنوع من التصرف، والحيلولة من أسباب الضمان.

قال الإمام[(٦)] رحمه الله: ويلزم على قولنا بنفوذ البيع ونحوه: أن لا يملك مطالبته به، وأن يكون المعتق مختاراً في بذل القيمة كالشفيع في بذل الثمن، وهو ضعيف.

وإذا دفع المعتق القيمة، أُجبر الشريك على قبولها إن وقفنا العتق على أدائها.

وإذا لم يدفع المعتق ولا طلب الشريك، فللعبد طلب الدفع من هذا والقبض من هذا، فإن امتنع فللحاكم مطالبتهما؛ لأن العتق متعلق حق الله تعالى.

---

(١) في (ي) و(ظ): (عند أبي حامد).

(٢) انظر: «الوسيط» (٧/ ٤٦٨)، و«التهذيب» (٨/ ٣٦٧)، و«الروضة» (١٢/ ١٢٣)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٤٩٧).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٢١٥).

(٤) في (ز): (جميعها).

(٥) في (ي): (على قول).

(٦) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٢١٥).

فإن كان الشريك غائباً، فتدفع القيمة إلى وكيله، فإن لم يكن له وكيل، جعله القاضي عند أمين، وله أن يقره في يد المعتق إذا كان أميناً.

وإذا تعذرت القيمة بإفلاس أو هربٍ[١]، ففي كلام الصيدلاني والروياني، وحكاه[٢] الإمام[٣] عن الشيخ أبي علي ـ: أنه يبقى نصيب الشريك رقيقاً، ويرتفع الحجر عنه؛ إذ لا وجه لتعطيل ملكه عليه من غير بذل. وللإمام[٤] فيه احتمال؛ لأن علقة العتق قد تثبت فيلزم[٥]. وأقام هذا الاحتمال في «الوسيط»[٦] وجهاً، وقال: الصحيح أن إعسار المعتق يرفع الحجر.

وما حكينا عن صاحب «التهذيب»[٧]: أنه إذا أعسر المعتق ومات معسراً، يشعر بالجواب بذلك الوجه، فإنه لم يكتف بالإعسار بل اعتبر الموت.

ولو عاد اليسار، قال الشيخ أبو علي: لا يعود التقويم؛ لأن حق العتق قد ارتفع بتخلل الإعسار. وفيه احتمال أيضاً للإمام[٨].

فرع في مقدار صداق الجارية الموطوءة من الشريك قبل الأداء[٩]:

إذا قلنا: لا تحصل السراية قبل أداء القيمة، فلو وطئ الشريك الجارية قبل

---

(١) في (ظ): (فلا بأس لو هرب)، وهو خطأ.

(٢) في (أ): (وحكى).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٢٢٦-٢٢٧).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٢٢٧).

(٥) في (ي): (فليلزم).

(٦) «الوسيط» للغزالي (٧/ ٤٦٦).

(٧) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٣٦٣).

(٨) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٢٢٧).

(٩) من قوله: «في مقدار» إلى هنا سقط من (ز). (م ع).

الأداء، وجب نصف المهر، لنصفها الحر. قال الإمام[1] رحمه الله: وليقع الغرض في وطء محترم، أو فيما إذا كانت مكرهة مضبوطة.

وفي النصف الآخر، وجهان عن رواية صاحب «التقريب»:

أظهرهما[2]: أنه لا يلزم؛ لمصادفته مالكه.

والثاني: يلزم ويصرف إلى الشريك المعتق؛ لأن الملك وإن[3] كان للواطئ، فهو مستحق الانقلاب إليه.

وهذا كوجه ذكر فيما إذا باع جاريةً بشرط الخيار[4]، وقلنا: إن الملك للبائع، فوطئ[5] بشبهة ثم لم يفسخ العقد، أن المهر للمشتري؛ نظراً إلى المال.

قال الإمام[6]: ويجوز أن يقال ـ تفريعاً على الوجه الثاني ـ: أنه يكون للجارية؛ لأن مصيرها إلى العتق بتقدير الانقلاب إلى المعتق.

وينبغي أن لا ينجز[7] إلزامه، بل يثبته عند السراية حتى لو ماتت الجارية، وقلنا: لا سراية بعد الموت، فلا يوجب نصف المهر؛ لتبين استمرار الملك له.

وإن قلنا: تحصل السراية بنفس الإعتاق، فيجب جميع المهر لها ولا حد للاختلاف في ملكه. والله أعلم.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٢١٩).

(٢) انظر: «الروضة» (١٢/ ١٢٤).

(٣) في (ي): (إن).

(٤) في (أ) و(ي) و(ظ): (خيار).

(٥) في (ز): (فوطئت).

(٦) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٢١٩).

(٧) في (ظ): (أن ينجز).

قال:

(الخامسة: إذا قال: مهما أعتقتَ نصيبَك فنصيبي حرٌّ، فأعتقَ المَقولُ له وهو موسرٌ، عتقَ كلُّه عليه[1]؛ لأن السرِّاية أقوى من التَّعليق. وإن[2] كانَ مُعسِراً نفذَ على المُعلَّق. ولو قال: فنَصيبي قبلَه حرٌّ، فهو دَور، ويَمتنعُ العتقُ على المَقولِ له عندَ من لا يُبطِلُ الدَّورَ اللَّفظيّ).

إذا قال أحد الشريكين للآخر: «إذا أعتقت نصيبك، فنصيبي حرّ» أو قال: «فجميع العبد حرّ» أو قال: «فنصيبي حرّ بعد عتق نصيبك»، فإذا أعتق المقول له نصيبه، نظر: إن كان معسراً، عتق على[3] كل واحد منهما نصيبه على المقول له بالتنجيز، وعلى المعلق بمقتضى[4] التعليق. وإن كان موسراً عتق نصيبه عليه.

ثم إن قلنا: السراية تحصل بنفس الإعتاق، عتق الكل عليه، ولزمه قيمة[5] نصيب المعلق. ووجه ذلك: بأن السراية أقوى من العتق بالتعليق؛ لأن السراية قهرية تابعة لعتق النصيب، لا مدفع لها، وكأن الملك الذي تتضمنه السراية مختطفٌ منتزع من البين[6]، وموجب التعليق قابل للدفع بالبيع ونحوه.

---

(١) في (أ): (عليه كله).

(٢) في (أ) و(ي): (ولو).

(٣) قوله: (على) ليس في (ظ).

(٤) في (ظ): (لمقتضى).

(٥) قوله: (قيمة) ليس في (أ)، وفي (ي): (لزمته قيمة).

(٦) في (أ): (اليمين).

وإن قلنا بالتبيين، فكذلك الحكم إذا أديت القيمة، وإن قلنا بتأخر السراية إلى أداء القيمة، فنصيب المعلق عمن يعتق[١]؟ فيه وجهان:

أحدهما: عن المعلق؛ لوجود الصفة ونصيبه في ملكه.

والثاني: عن المعتق وعليه قيمته.

وبني ذلك، على الخلاف في أنه إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه، هل ينفذ إعتاق الآخر قبل أداء القيمة تفريعاً على هذا القول؟ إن قلنا: نعم، عتقَ نصيب المعلق عنه. وإن قلنا: لا، عتق على المقول له إذا أدّى القيمة[٢].

ولو قال: «إذا أعتقت نصيبك، فنصيبي حرّ مع عتق نصيبك» أو «في حال عتق نصيبك»[٣] فوجهان، مع التفريع على أن السراية تحصل بنفس الإعتاق[٤]:

أحدهما ـ وبه قال ابن القاص، وصاحب «التقريب» رحمهما الله ـ: أنه يعتق جميع العبد عليهما، نصفه عن المعتق بالإعتاق، ونصفه عن المعلق بوجود الصفة، ولا شيء على المعتق؛ وذلك لأن اعتبار المعيَّة يمنع السراية، وهذا ما اختاره القاضي أبو الطيب، وحكاه الروياني عن عامة الأصحاب.

والثاني ـ وبه قال القفال ـ: أنه يعتق الجميع على القول به أيضاً، ولا أثر لقوله «مع نصيبك»، فإن[٥] المعلق لا يقارن[٦] المعلق عليه، بل يتأخر عنه لا محالة.

---

(١) في (ظ): (يعتق عن المعتق).

(٢) من قوله: (تفريعاً على هذا القول) إلى هنا ليس في (ز).

(٣) قوله: (أو في حال عتق نصيبك) ليس في (أ).

(٤) في (ظ): (العقد).

(٥) في (ظ): (لأن).

(٦) في (ظ): (لا يفارق).

وهذا ما أورده الشيخ أبو علي في «شرح الفروع»، وألحقه بما حكى عن[1] ابن سريج: أنه لو قال لعبده سالم: «أنت حر، في حال عتق غانم»، أو قال: «مهما أعتقتُ غانماً فأنت حر مع عتقه»، ثم أعتق غانماً في مرض الموت، والثلث لا يفي إلا بأحدهما، لا يقرع بينهما، بل يتعين غانم للعتق؛ لأن عتق سالم مشروط بعتقه، فلا يؤخذ[2] دونه.

وهذه المسألة قد مرت في الوصايا، من غير تعرض المعلق للمعية، وذكرنا وجهاً: أنه يقرع بينهما.

والوجهان المذكوران فيما إذا قال: «فنصيبي حر مع نصيبك»، يجريان هاهنا أيضاً. وبناهما الإمام[3] على أنه إذا أعتق عبيداً[4] في مرض موته، لا مال له غيرهم[5]، ورد الإعتاق إلى الثلث، فكيف نقول[6]؟ أنقول: ثبت الإعتاق في الزائد على الثلث ثم أبطل، أو نقول: يتبين بالحصر[7] في الثلث أنه لم يثبت في غيره؟ فيه قولان يجريان في كل وصية زائدة على الثلث: فإن قلنا: يثبت العتق في الجميع ثم أبطل، فيقرع بينهما، ويجعل كأنه أعتق العبدين، وإذا خرجت القرعة على سالم عتق؛ لأنه قد ثبت عتق غانم وتحققت الصفة ثم رُدّ.

وإن قلنا: يتبين أنه لم ينفذ: فلو أقرع وخرجت القرعة لسالم، لزم[8] أن لا يعتق

---

(١) قوله: (عن) ليس في (أ).

(٢) في (ز): (فلا يوجد).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٢٢٨).

(٤) في (ظ): (عبداً).

(٥) في (ظ): (غيره).

(٦) في (ظ): (فكيف يقدر القول)، وفي (ي): (يقدر أنقول).

(٧) في (أ): (الحصر)، وفي (ي) و(ظ): (في الحصر).

(٨) في (ز): (لزمه).

غانم؛ لأن القرعة لم تخرج له، وأن لا يعتق سالم؛ لأن شرط عتقه عتق غانم، وكيف[١] يجوز أن يعتق عبدين يخرج أحدهما من الثلث، ولا يعتق واحد منهما، فلذلك تعين عتق غانم.

ولو قال: «إذا أعتقت نصيبك، فنصيبي حرّ قبل عتق نصيبك»، فأعتق المقول له نصيبه، نظر: إن كانا معسرين، أو كان المعلق معسراً، عتق نصيب المنجز، ونصيب المعلق عتق عليه قبل ذلك بموجب التعليق، ولا سراية.

وإن كان القائل المعلق موسراً وقلنا: السراية تحصل بنفس الإعتاق، ففيه[٢] وجهان: من صحح الدور اللفظي ـ كابن الحداد ـ يقول: لا ينفذ إعتاق المقول له في نصيبه؛ لأنه لو نفذ لعتق نصيب القائل قبله. ولو عتق لسرى، ولو سرى لبطل عتقه، فيلزم من نفوذه عدم نفوذه. وعلى هذا، فلو قال السيد لعبده: «مهما أعتقتك فأنت حر قبله[٣]»، لم يتمكن من إعتاقه، كما سبق نظيره في[٤] الطلاق.

ولو صدر هذا التعليق من الجانبين، امتنع الإعتاق عليهما.

ولو قال أحدهما للآخر: «مهما بعت نصيبك فنصيبي حرّ قبله[٥]»، لم ينفذ البيع.

والمستبعدون لصحة الدور وانسداد باب الطلاق ونحوه، أولى بالاستبعاد هاهنا؛ لتضمنه الحجر على الغير[٦].

---

(١) في (ظ): (فكيف).

(٢) في (ظ): (فيه).

(٣) قوله: (قبله) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

(٤) في (ز): (من).

(٥) في (أ) و(ي) و(ظ): (قبل).

(٦) في «الروضة» (١٢/ ١٢٦): «على العين».

ومن لا يصحح الدور وهو الأظهر، يقول: يعتق نصيب كل واحد منهما عنه، ولا شيء لأحدهما على الآخر، كما لو قال المنجز[١]: «مع نصيبك».

وإن قلنا: إن العتق يحصل[٢] له بأداء القيمة: فإن نفذنا عتق الشريك قبل أداء القيمة[٣]، قبله على المعلق. وإن لم ننفذه، قال الإمام[٤]: تدور المسألة أيضاً؛ لأنه إذا أعتق نصيب المعلق أولاً، صادف إعتاق الثاني من هو مستحق للعتق الأول، فلا ينفذ.

وإذا لم ينفذ، لا يعتق نصيب المعلق؛ لأنه مشروط به في هذه الصور جميعاً لو أعتق المعلق[٥] نصيبه عتق، وتثبت السراية إذا وجد شرطها[٦]. والله أعلم.

* * *

(١) قوله: (المنجز) ليس في (ي) و(ز) و(ظ).

(٢) قوله: (يحصل) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

(٣) من قوله: (فإن نفذنا) إلى هنا ليس في (أ).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٢١٨).

(٥) قوله: (المعلق) ليس في (أ).

(٦) في (ز): (شرطهما).

قال:

(السادسة: لو قال: أعتقتَ[١] نصيبَك وأنتَ مُوسرٍ، فأنكر، عَتقَ نصيبُ المدَّعي مجاناً ثم يُحلِفُه، فإن نكلَ استحَقَّ باليمينِ المردودةِ قيمةَ نصيبِهِ، ولم يَعتِق نصيبُ المدَّعى عليه. ولو قالَ واحد: إن كانَ هذا[٢] الطّائرُ غُراباً فنَصيبي حرّ، وقالَ الآخر: إن لم يكُن[٣] فنَصيبي حرٌّ[٤] لم يُعتَق شيء؛ للشَّكّ. فإن اشترى العَبدَ ثالث[٥] حُكِمَ بُحريَّةِ النّصفِ في يدِهِ؛ لليقين[٦]، ولم يكُن له الرُّجوعُ على أحدِهما[٧] بالَّثمن).

إذا ادعى أحد الشريكين على الآخر وهو موسر: «إنك أعتقت نصيبك، وعليك قيمة نصيبي»، فأنكره، نظر: إن كان للمدعي بينة، حكم بمقتضاها.

ومتى يعتق نصيب المدعي؟ فيه الأقوال[٨].

---

(١) في (أ): (عتقت).

(٢) قوله: (هذا) ليس في (أ) و(ي).

(٣) في (ظ): (يكن غراباً).

(٤) قوله: (وقال الآخر: إن لم يكن فنصيبي حر) ليس في (ز).

(٥) في (أ): (الثالث).

(٦) في (ظ): (للمتيقن).

(٧) في (ز) و(ظ): (له على أحدهما رجوع).

(٨) أي: الأقوال الثلاثة في ثبوت السراية وهي:
أ ـ تتعجّل على قول، أي زمن إعتاق الشريك.
ب ـ تتوقف على أداء القيمة.
ج ـ التوقف.
انظر: «الوجيز» (٢/ ٢٧٥)، و«العزيز» (١٣/ ٣٢٦)، و«الروضة» (١٢/ ١٢٠-١٢١).

وإن لم تكن بينة، فالمصدق المنكر مع يمينه، فإن حلف رُقَّ نصيبه، وإن نكل حلف المدعي اليمين المردودة، واستحق القيمة.

والصحيح: أنه لا يحكم[١] بعتق نصيب المدعى عليه؛ لأن الدعوى إنما توجهت عليه بسبب القيمة، وإلا فلا معنى للدعوى على الإنسان[٢] «بأنه أعتق عبده»، وإنما ذلك[٣] من وظيفة العبد. ثم[٤] لو شهد هذا المدعي مع آخر، ثبت العتق بشهادة الحسبة.

قال الإمام[٥]: وأبعد بعض من لا خبرة له وقضى بالعتق في نصيب المدعى عليه[٦] بيمين الردّ، تبعاً لدعوى القيمة.

وهل يحكم بعتق نصيب المدعي إذا حلف المدعى عليه، أو نكل وحلف المدعي؟ إن قلنا: إن السراية تتعجل، فنعم؛ لاعترافه بسراية إعتاق المدعى عليه إلى نصيبه. وإن قلنا بالتأخير، لم يعتق.

وإذا أعتق نصيبه، فلا يسري إلى نصيب المنكر، وإن كان المدعي موسراً؛ لأنه لم ينشئ العتق، فأشبه ما إذا ادعى أحد الشريكين على رجل «أنك اشتريت نصيبي وأعتقته»، وأنكر المدعى عليه، يعتق نصيب المدعي، ولا يسري. ووجه أيضاً: بأن نصيبه عتقَ لا باختياره بل نصيبه؛ لقوله: «أعتقت نصيبك»، فصار كما لو ورث[٧] بعض من يعتق عليه، يعتق ما ورثه، ولا يسري.

---

(١) في (أ): (نحكم).

(٢) في (أ): (على إنسان).

(٣) في (ظ): (هو).

(٤) في (ي) و(ز) و(ظ): (نعم).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٢١٣).

(٦) قوله: (عليه) ليس في (ي).

(٧) في (ظ): (لو قد ورث).

وإن قلنا: لا يعتق إلا بعد أداء القيمة، لم يعتق نصيب المدعي بقوله: «أعتقت نصيبك». وإن صدَّق المدعى عليه الشريك، فلا إشكال

وإن كان المدعى عليه معسراً، وأنكر وحلف، لم يعتق شيء من العبد.

فإن اشترى المدعي نصيب شريكه بعد ذلك عتق ما اشتراه؛ لإقراره بأنه أعتقه، ولا يسري إلى الباقي.

أما إذا ادعى كل واحد من الشريكين الموسرين على صاحبه «أنك أعتقت نصيبك»، وطالبه بالقيمة، وأنكر صاحبه، فكل واحد منهما مصدق بيمينه فيما أنكره.

فإذا حلف، فلا مطالبة بالقيمة، ويحكم بعتق جميع العبد إن قلنا بتعجل[1] السراية؛ لاعتراف كل واحد منهما بسراية العتق إلى نصيبه، والولاء موقوف بينهما لا يدعيه هذا ولا ذاك.

وإن قلنا بتأخر السراية، أو بالتوقف والتبيين، فالعبد رقيق.

وإن كانا معسرين وقال كل واحد منهما للآخر: «أعتقت نصيبك»، لم يعتق منه شيء.

فإن اشترى أحدهما نصيب الآخر، حكم بعتق ما اشتراه؛ لاعترافه بأن شريكه أعتقه، ولا يسري؛ لأنه لم ينشيء إعتاقاً.

وذكر في «التهذيب»[2]: أنه لو باع أحدهما من زيد والآخر من عمرو، صحّ ولا عتق.

ولو باعا من رجل واحد، حكم بعتق نصفه؛ لأن عتق أحد النصفين يقين، وقد

---

(١) في (ظ): (بتعجيل).

(٢) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٣٦٧).

جمعهما مالك[١] واحد، وهذا لا يتبين له وجه ولا يقين في واحد من النصفين؛ لجواز كونهما كاذبين.

وموضع هذا الكلام: مسألة الغراب، على ما سنذكرها على الأثر، ولا أدري أوقع الخلل في النسخة أم كيف الحال؟

وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً، عتقَ نصيب المعسر على قول تعجيل السراية؛ لأن إقراره يتضمن السراية إلى نصيبه، وولاؤه موقوف، ولا يعتق نصيب الموسر، فإن اشتراه المعسر عتق كله.

ولو طار طائر، فقال أحد الشريكين: «إن كان هذا الطائر غراباً، فنصيبي من هذا العبد حرٌّ»، وقال الآخر: «إن لم يكن غراباً، فنصيبي منه حرٌّ»، ولم[٢] يتبين الحال:

فإن كانا معسرين، لم نحكم بعتق نصيب واحد منهما، كما لو جرى التعليقان من شخصين في عبدين أو زوجتين.

لكن لو اشترى أحدهما نصيب الآخر، حكم بعتق أحد النصفين؛ لأنه قد جمعهما مالك[٣] واحد، وأحد النصفين حر بيقين، وفي حق الشخصين استصحبنا يقين الملك في حق كل واحد وطرحنا الشك.

ولو باعا النصفين من ثالث، فكذلك نحكم بعتق أحد النصفين ولا رجوع له على واحد منهما؛ لأن كل واحد منهما يزعم أن نصيبه مملوك، هذا هو الأصح والمذكور في الكتاب وبه قال القفال.

---

(١) في (أ) و(ي) و(ظ): (ملك).

(٢) من قوله: (من هذا العبد حر) إلى هنا ليس في (ظ).

(٣) في (أ) و(ي) و(ظ): (ملك).

وحكى الشيخ أبو علي عن بعض الأصحاب رحمهم الله: أنه إن أقدم على الشراء وهو عالم بالتعليقين فلا رجوع له.

وإن لم يعلم، ثم بان له الحال، فله الرد، كما لو اشترى عبداً ثم بان أن نصفه حرّ.

وعلى هذا، فيرد العبد كله[١]؛ لأن أحد نصفيه حر والآخر[٢] قسط ممن بعضه حر، وفي ذلك نقصان وعيب.

قال الشيخ أبو علي[٣]: ولو اختلف قدر النصيبين[٤]، لم نحكم إلا بعتق أقلهما، ولو تبادلا النصيبين: فإن لم يحنث واحد منهما صاحبه واعترفا بالإشكال[٥]، فلا نحكم على واحد منهما بعتق شيء، والحكم بعد المبادلة كالحكم قبلها.

وإن حنث كل[٦] واحد منهما الآخر، حكم بعتق الكل؛ لأن كل واحد يزعم «بأن نصيب الآخر قد عتَق، ثم اشتراه»، فكان كمن أقرّ بحرّية عبدٍ في يد غيره، ثم اشتراه، نحكم بعتقه بإقراره السابق، ويكون ولاؤه موقوفاً؛ لأن كل واحد منهما يقول: «لم يعتق عليَّ منه شيء، وإنما عتق نصيب صاحبي».

وإن حنث أحدهما صاحبه، ولم يحنثه صاحبه، حكم بعتق ما صار للمحنث، وولاؤه موقوف، ولا نحكم بعتق نصيب الآخر.

وإن كانا موسرين، فإن قلنا بتعجيل[٧] السراية، عتق العبد؛ لأنا نتحقق حنث

---

(١) قوله: (كله) ليس في (ظ).

(٢) قوله: (والآخر) ليس في (أ).

(٣) قوله: (أبو علي) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

(٤) في (ج): (النصفين).

(٥) في (أ): (فلا إشكال).

(٦) قوله: (كل) ليس في (ظ).

(٧) في (ي) و(ز) و(ظ): (بتعجل).

أحدهما، وإن لم نتمكن من التعيين فيعتق نصيبه، ويسري[1] إلى الباقي، والولاء موقوف، ولكل واحد منهما أن يدعي قيمة نصيبه على الآخر ويحلفه على البتّ «أنه لم يحنث».

وإن قلنا: لا تحصل السراية إلا عند أداء القيمة، فلا نحكم بعتق شيء منه على واحد منهما، والحكم كما في المعسرين.

قال الشيخ أبو علي رحمه الله: فإن ادعى كل واحد منهما على صاحبه: «أنه أعتق[2] نصيبه»، وأراد طلب القيمة، حلفه على ما ذكرنا.

وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً: فإن قلنا بتعجيل[3] السراية، عتق نصيب المعسر بكل حال؛ لأنه إما حانث أو صاحبه حانث، والعتق سار إليه، ولا يعتق نصيب الشريك الموسر للشك.

وإن أخرناها إلى أداء القيمة، لم نحكم بعتق واحد من النصيبين في الحال، وللمعسر أن يدعي التقويم على الموسر ويحلفه.

فرعان من القبيل الذي نحن فيه، من «المولّدات»:

أحدهما: إذا قال أحد الشريكين: «أعتقنا العبد معاً»، وأنكر الآخر، فإن كانا موسرين، أو كان المقر موسراً، فقد أطلق ابن الحداد رحمه الله: أنه يحلف المنكر، وجرى على إطلاقه جماعة.

وقال الشيخ رحمه الله: إنما يحلف عندي إذا قال للمقرّ: «أنت أعتقت نصيبك، وأنا لم أعتق»، وأراد طلب القيمة، فيحلف «أنه لم يعتق معه»؛ ليأخذ القيمة،

---

(١) في (ظ): (ولا يسري).

(٢) في (ظ): (عتق).

(٣) في (أ) و(ز) و(ظ): (بتعجل).

فإن المقرّ أقر بما يوجب القيمة، وادعى معه ما يسقطها وهو الموافقة في الإعتاق، فيدفع يمينه المسقط.

فأما إذا قال: «لم تعتق نصيبك، ولا أنا أعتقت»، فلا مطالبة بالقيمة، ولا يحتاج إلى اليمين، ونحكم بعتق جميع العبد بإقرار الشريك الموسر، إنْ أثبتنا السراية بنفس الإعتاق.

وإن أخرناها[١] إلى أداء القيمة، فلا يعتق نصيب المنكر، وليس يدعي قيمة يأخذها[٢].

وإذا حلف المنكر في التصوير المذكور[٣]، أخذ القيمة من المقرّ[٤]، ويحكم بعتق جميع العبد، وولاء نصيب الشريك موقوف.

فلو مات المعتق ولا وارث له سوى السيد المقرّ، أخذ نصيب ماله بالولاء على نصفه.

وهل له أن يأخذ من النصف الآخر قدر نصف القيمة الذي غرمه للمنكر؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنه إن صدق في قوله: «أعتق شريكي معي»، فالشريك ظالم يأخذ القيمة والنصف الآخر له، وقد ظفر بمال من ظلمه، وإن كذب وكان مقراً[٥] بإعتاقه، فجميع المال له بالولاء على جميعه.

---

(١) في (أ): (أخرنا أداء)، وفي (ي): (أخرنا).

(٢) في (ي): (بأحدها).

(٣) قوله: (المذكور) ليس في (أ).

(٤) قوله: (من المقرّ) ليس في (أ).

(٥) في (أ): (مفرداً).

والثاني: لا؛ لاختلاف الجهة، فإنه يزعم الأخذ من جهة أنه مال ظالمه، والشريك ينكره وهو يزعم أنه له بالولاء وهو ينكره، والاختلاف في الجهة يمنع الأخذ، وقد تقدم نظيره.

وإن رجع المنكر عن إنكاره وصدق المقرّ، ردّ ما أخذ من القيمة. وإن رجع المقرّ واعترف «بأنه أعتقه»، قبل، وكان جميع الولاء له.

وقد يقال: بأنه قد أقر بأنه لا ولاء له إلا على النصف، فكيف يُقبلُ رجوعه عنه؟ والجواب: أن الولاء تلو النسب. ولو نفى ولداً باللعان ثم استلحقه ورجع قُبِلَ، فكذلك الولاء.

والثاني: عبد بين ثلاثة، شهد اثنان من مالكيه: «أن الثالث أعتق نصيبه»، فالثالث إما معسر أو موسر: إن كان معسراً، قبلت شهادتهما، وحكم بعتق نصيب المشهود عليه، ويرق الباقي. وإن كان موسراً: فالأظهر ـ وبه أجاب ابن الحداد رحمه الله ـ: أن شهادتهما باطلة؛ لأنهما يجرانِ[1] نفعاً إلى أنفسهما بإثبات القيمة عليه، فلا يعتق نصيبه ولا تلزمه القيمة لنصيبهما، ويعتق نصيبهما؛ لاعترافهما بسراية العتق.

وعن بعض الأصحاب: أنه تقبل شهادتهما في عتق نصيبه، وإنما ترد في إلزام القيمة الذي هو[2] منشأ التهمة، والحكم بعتق نصيبهما على الأول مفرع على أن السراية تتعجل، أما إذا توقفت على أداء القيمة، فلا يعتق شيء من العبد، ولكن لا ينفذ تصرفهما فيه، لإقرارهما بأن نصيبهما مستحق العتق على الشريك. هكذا[3] حكاه الشيخ أبو علي عن بعض الأصحاب، وصححه.

---

(١) في (ي): (يجريان).
(٢) في (ز): (التي هي).
(٣) في (أ): (هذا).

ويجوز أن يقال: قد مر أن تعذر[١] حصول القيمة بالإعسار وغيره يرفع الحجر عن الشريك، والتعذر حاصل هاهنا.

وهذه فروع أخر تتعلق بالسراية:

الأول: إن قلنا: السراية تحصل بنفس الإعتاق، فله حكم الأحرار في الميراث والشهادات والحدود والجنايات، وإن لم يؤد[٢] القيمة. وإن أخرناها إلى أداء القيمة، فله حكم الأرقاء فيها حتى يؤدي. وإن توقفنا، توقفنا في هذه[٣] الأحكام أيضاً.

الثاني: عن «الأم»[٤]: أن العبد المشترك إذا أعطى أحد مالكيه خمسين ديناراً لعتق نصيبه منه، فأعتقه، يرجع الشريك عليه بنصف الخمسين وبنصف[٥] قيمة العبد، ويرجع المعتق على العبد بخمسة وعشرين.

قال ابن الصباغ رحمه الله: وينبغي أن يكون هذا فيما إذا لم يقع العتق على عين الخمسين، وإنما سمى خمسين ثم دفعها عليه[٦]، وإلا فإذا وقع العتق على العين يجب أن يكون[٧] الرجوع بقيمة ما أعتق بالعوض المستحق. قال: ويحتمل أن يريد ما إذا كانت قيمة العبد خمسين فيستوي العوض والقيمة.

ولو كان المعتق قد قال: «إن سلمت لي هذه الخمسون، فأنت حرٌّ»، لم يعتق؛ لأنها لم تسلم له.

---

(١) في (أ) و(ي): (تقدر).

(٢) في (أ): (يرد).

(٣) في (ز): (هاهنا في هذه).

(٤) «الأم» للشافعي (٨/ ٤٤).

(٥) في (أ): (بنصف) دون واو.

(٦) في (أ): (الخمسين ثم دفعها إليه).

(٧) في (ز): (على عين الخمسين وجب أن يكون).

الثالث: لو أعتق شركاً له في جارية حبلى وهو موسر، ولم تقوَّم عليه حتى ولدت، عتق معها ولدها، تفريعاً على أن العتق يسري في الحال.

فأما إذا أخرنا السراية إلى دفع القيمة:

فعن نصِّه: أنه ينبغي أن لا يعتق الولد معها؛ لأنه إنما يعتق بعتقها إذا كان حملاً، فأما بعد الولادة فلا، قال القاضي أبو حامد رحمه الله: معناه أن نصيب الذي لم يعتق من الولد مملوك، فأما نصيب المعتق فيجب أن يعتق.

وقال ابن الصباغ رحمه الله: عندي أنه أراد أن نصيب الذي لم يعتق من الولد[١]، لا يعتق بدفع قيمة نصيبه من الجارية وولدها[٢]؛ لأنه لا يتبعها بعد الوضع، وإلا فقد عتق من الولد نصيب المعتق، وهو موسر فيجب أن يسري.

الرابع: وكَّلَ أحد الشريكين الآخر في عتق نصيبه، فقال الوكيل للعبد: «أعتقت نصيبك»، فإن قال: «أردت نصيبي»، قوّم عليه نصيب شريكه، وإن قال: «أردت نصيب شريكي»، قوّم على الشريك نصيبه، وإن أطلق فيعتق عن الموكل؛ لأنه أعتق بعد أمره بالإعتاق؟ أو عن الوكيل؛ لأن إعتاقه عن نفسه فيستغني[٣] عن النية؟ حكى في «الشامل» فيه[٤] وجهين، ولهذا التفات[٥] إلى أن النصف المطلق يحمل على ملكه أو يشيع[٦].

---

(١) قوله: (من الولد) ليس في (أ).

(٢) في (أ) و(ي): (وعتقها)، وهو خطأ.

(٣) في (أ): (ويسعى)، وفي (ي): (يستغنى).

(٤) قوله: (فيه) ليس في (ي).

(٥) في (أ): (التفاوت).

(٦) في (أ): (يشع).

الخامس: في «طريقة الصيدلاني»: أنه إذا كان للمريض نصفا عبدين متساويي القيمة، ولا مال له غيرهما، فقال: «أعتقت نصيبي من سالم ومن غانم»، وقلنا تحصل السراية بنفس اللفظ، يعتق ثلثا نصيبه من سالم وهو ثلث ماله، ولا يعتق من الآخر شيء.

ولو قال: «نصيبي من هذين حرٌّ»، عتق ثلثا نصيبه من أحدهما، فيقرع بينهما، فمن خرجت له القرعة عتق ثلثا نصيبه منه وهو ثلثه، وإن[1] كان نصفا العبدين ثلث ماله فقال: «أعتقت نصيبي من سالم ومن غانم»، عتق غانم بالمباشرة والسراية، ولم يعتق من الآخر شيء.

ولو قال: «نصيبي منهما حرٌّ»، عتق النصفان، ولا سراية.

السادس: اشترى أمته حاملاً من الزوج، زوجها وابن لـها حرٌّ معها[2] وهما موسران، فالحكم كما ذكرنا فيما لو أوصى مالكها بوصية لهما، وقبلا الوصية معاً، وقد ذكرناه في الوصايا، ومختصره: أن الأَمَة تعتق على الابن، والحمل يعتق عليهما، ولا تقويم[3].

السابع: شهد شاهدان على زيد «بأنه أعتق نصيبه من العبد المشترك، وهو موسر»، وحكم القاضي بشهادتهما، ثم رجعا، فشهادتهما تثبت عتق نصيبه، وتوجب عليه قيمة نصيب شريكه، فيغرمان بالرجوع قيمة نصيبه لا محالة؛ لأن شهود العتق يغرمون إذا رجعوا، وهل يغرمان له قيمة نصيب الشريك التي غرمها؟ فيه قولان؛ لأن في وجوب الغرم[4] على شهود المال اختلاف قول، سبق في موضعه.

---

(١) قوله: (إن) ليس في (ي).

(٢) في (أ): (وزوجها وابنها الحُرّ).

(٣) في (أ): (ولا تقوم).

(٤) في (ز): (شهود الغرم).

واعترض ابن الصباغ فقال: إنهما لم يشهدا على المال مقصوداً ولكن تضمنته الشهادة، وكما تضمنت المال تضمنت إعتاق نصيب الشريك، فإن اقتضى تضمنها إثبات المال التخريج على القولين اقتضى تضمنها الإعتاق الجزم[1] بوجوب الغرم، ثم الجواب الذي يقدم فيما إذا ساعد الشريك الشهود، وأخذ القيمة وعتق جميع العبد، إما بنفس الإعتاق أو عند أخذ القيمة.

فأما إذا كذبهم، وقال: «لم يعتق زيد نصيبه»، فإن قلنا بتعجيل[2] السراية، عتق الكل ولا يلزمه للشريك شيء.

وإن قلنا: يتأخر إلى أداء القيمة، قال الشيخ أبو علي رحمه الله: يجبر على أخذ القيمة لتكميل[3] العتق، ثم يلزمه رد ما أخذ إن كان مصراً على تكذيب الشهود، كما لو جاء المكاتب بالنجم الأخير فقال السيد: «هذا حرام، غصبته من فلان»، يجبر على أخذه، ثم يرده على من أقرّ له.

ولو شهد شاهدان على أحد الشريكين بأنه أعتق نصيبه، وآخران على الثاني بأنه أعتق نصيبه[4] وهما موسران، فإن أرخت البينتان، عتق الكل على الأول وإن أثبتنا السراية في الحال، وعليه قيمة نصيب الآخر، وإن أخّرنا إلى أداء القيمة، فعلى الخلاف في أن إعتاق الثاني قبل أداء القيمة هل ينفذ؟ إن قلنا لا وهو الأظهر، أخذت قيمة نصيبه من الأول ليعتق.

---

(١) في (أ): (بالجزم).

(٢) في (ز): (بتعجل).

(٣) في (ز): (لتكمل).

(٤) قوله: (وآخران على الثاني بأنه أعتق نصيبه) ليس في (ز).

وإن لم تؤرخا، عتق العبد كله ولا تقويم؛ لأنا لا نعلم هل سبق أحدهما الآخر، وبتقدير[١] السبق لا نعلم من السابق، فلو رجع الشاهدان على أحد الشريكين عن شهادتهما، لم يغرما شيئاً؛ لأنا لا ندري أن العتق في النصف الذي شهدا به، حصل بشهادتهما أو بشهادة الآخرين بالسراية، فلا نوجب شيئاً بالشك، وإن رجعا جميعاً فوجهان:

أحدهما: أن الجواب كذلك؛ لقيام الاحتمال في الطرفين.

وأظهرهما: أنهم يغرمون قيمة العبد؛ لأنه إذا لم يكن تاريخ فالحكم بعتق العبد يتعلق بشهادة أربعتهم[٢]، ويقدر كأن الإعتاقين وقعا معاً، والفرع من «المولدات»، رحم الله من ولّدها. والله أعلم.

* * *

(١) في (أ): (بتقدير).

(٢) في (ي): (أربعهم)، وفي (ز): (أحدهم).

قال رحمه الله:

(الخاصيةُ الثانية: عتقُ القَرابة:

ومن دَخلَ في مُلكِه أحدُ أبعاضِه، أعني أصولَه وفروعَه[١]، عتقَ عليه إن كانَ من أهلِ التَّبرُّع، سواءٌ دخلَ قهراً بالإرث، أو اختياراً بعَقد، ولا يعتقُ من عدا[٢] الأبعاض).

من ملك أباه أو أمه أو أحد أصوله من الأجداد والجدات، أو ملك واحداً من أولاده وأولاد أولاده عتقَ عليه.

روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا يجزي ولد[٣] والده إلا أن يجده مملوكاً، فيشتريه، فيعتقه»[٤] يعني بالشراء.

وفهم من قوله تعالى: ﴿وَمَا يَنۢبَغِي لِلرَّحۡمَٰنِ أَن يَتَّخِذَ وَلَدًا﴾ [مريم: ٩٢] الآية، ومن قوله تعالى: ﴿وَقَالُواْ ٱتَّخَذَ ٱلرَّحۡمَٰنُ وَلَدٗاۗ سُبۡحَٰنَهُۥۚ بَلۡ عِبَادٞ مُّكۡرَمُونَ﴾ [الأنبياء: ٢٦]: أن الولادة والعبودية لا يجتمعان.

ولا فرق بين أن يدخل في ملكه قهراً كالإرث[٥]، أو اختياراً بعقد، إما بعوض كالشراء، أو لا بعوض كالهبة والوصية.

---

(١) في (ظ): (أو فروعه).

(٢) في (أ): (غير).

(٣) في (أ): (والده).

(٤) الحديث أخرجه مسلم (١٠/ ١٥٢)، من كتاب العتق، باب فضل عتق الوالد. وانظر: «التلخيص» (٣/ ٢٠).

(٥) في (ي): (بالإرث).

وفرق بين عتق القريب، وبين السراية، حيث لم تثبت السراية إلا عند الاختيار، بأن العتق صلة وإكرام للقريب، فلا يستدعي الاختيار، والسراية توجب التغريم والمؤاخذة، وإنما يليق ذلك بحال الاختيار.

ولا يعتق غير الأبعاض من الأصول والفروع.

وقال أبو حنيفة[1] وأحمد[2] رحمهما الله: يعتق كل ذي رحم محرم بالملك كالأخ وابن الأخ والعم والخال.

وألحق مالك[3]: الإخوة والأخوات بالوالدين والمولودين.

وسلَّم أبو حنيفة رحمه الله: أن المكاتب إذا ملك أخاه لم يتكاتب عليه، فقال[4] الأصحاب رحمهم الله: قريب[5] لا يتكاتب على المكاتب فلا يعتق على الحرّ كبني الأعمام[6].

وليعلم لما تبين قوله في الكتاب: (ولا يعتق من عدا الأبعاض) بالحاء والميم والألف.

وقوله: (إن كان من أهل التبرع)، قصد به الاحتراز عن الصبي والذين يذكرهم في الفصل التالي لهذا الفصل.

---

(١) انظر: «الهداية» (٢/ ٥٣).

(٢) قوله: (وأحمد) ليس في (ظ)، وانظر: «المقنع» ص١٩٧.

(٣) انظر: «مختصر خليل» ص٢٩٣.

(٤) في (أ): (وقال).

(٥) قوله: (قريب) ليس في (ز).

(٦) انظر: «الحاوي» (٢٢/ ٨١)، و«المهذب» (٢/ ٦)، و«التهذيب» (٨/ ٣٩٣)، و«الروضة» (١٢/ ١٣٣)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٤٩٩).

قال:

(ولا يُشترى للطِّفلِ[١] قريبُه ولكن يُتَّهبُ له[٢] الولِّي[٣] إذا لم يكُن بحيثُ تَجِبُ النَّفقةُ في الحال، فإن[٤] قبلَ له هبةَ نصفِ قريبِه لم يَصحّ؛ حذاراً[٥] من السرِّاية، وقيل: يَصِحُّ ولا يسري، والمريضُ لو اشترى قريبَه عتقَ إن وفَّى به ثلثَه، وإلا لم يَعتِق، وإن ملكَه بإرثٍ أو هبة فيُحسَبُ من رأسِ المالِ أو الثُّلث؟ فيه وجهان. فإن قلنا: من رأسِ المال، عَتقَ على المَحجورِ المُفلِسِ أيضاً، والمديونِ المريض. ولو اشتراه[٦] بمُحاباة، فقدرُ المحاباةِ يُخرَّجُ[٧] على الوجهَين، والباقي يعتقُ[٨] من الثُّلث[٩].

ولو قَهرَ الحربيُّ حربيّاً مَلَكه، وصحَّ بيعُه من المسلم، فلو قَهرَ أباه فهل يَصِحُّ بيعُه له؟ فيه وجهان، مأخذُهما دوامُ القَهرِ المُبطلِ[١٠] للعتق، إنْ فُرِض، ودوامُ القرابةِ الدّافعةِ للمُلكِ[١١] القَهريّ).

---

(١) في (ظ): (الطفل).

(٢) قوله: (له) ليس في (ظ).

(٣) في (ي) و(ز): (الولي له).

(٤) في (ظ): (وإن).

(٥) في (ز) و(ظ): (حذراً).

(٦) في (أ): (اشترى).

(٧) في (أ): (مخرج).

(٨) في (ي) و(ظ): (لا يعتق).

(٩) قوله: (من الثلث) ليس في (ي) و(ظ).

(١٠) في (ظ): (المبطل المانع).

(١١) في (ظ): (المبطل المانع).

فيه مسائل:

إحداها: ليس لولي الصبي[١] والمجنون أن يشتري لهما قريبهما[٢] القرابة التي تقتضي العتق، فإن فعل فالشراء باطل.

ولو وهب للصبي قريبه أو أوصى له به، نظر: إن كان الصبي معسراً، فيجوز له قبوله، فإذا قبله عتق على الصبي؛ لأنه لا ضرر فيه على الصبي، وفيه جمال ومنفعةٌ، وقد يوسر فينفق على الصبي، ولا نظر إلى أن الصبي قد يوسر فتجب النفقة في ماله، وإنما يعتبر الحال.

وهل يجب عليه القبول؟ قال الإمام[٣]: هذا فيه[٤] تردد، وقضيـة لفظ الشافعي رحمه الله: الوجوب، وعلى ذلك يجري كلام الأصحاب.

وإن كان الصبي موسراً، فإن كان القريب بحيث تجب نفقته في الحال، بأن يكون زمناً أو يكون غير كسوب على أحد القولين، فلا يجوز للولي القبول؛ كي لا يتضرر الصبي بالإنفاق من ماله.

وإن كان لا تجب نفقته، فعلى ما ذكرنا في المعسر، فإن لم يقبل الولي قَبِلَ الحاكم، فإن لم يفعل، فللصبي بعد بلوغه أن يقبل، كذلك ذكره الروياني رحمه الله، وليكن[٥] هذا في الوصية.

---

(١) في (ز): (الطفل).
(٢) في (ظ): (قريباً).
(٣) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٢٤٨).
(٤) قوله: (فيه) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).
(٥) في (أ): (ولكن).

هذا في هبة جميع القريب أو الوصية به. فأما إذا وهب بعضه: فإن كان الصبي معسراً قبلهُ الولي. وإن كان موسراً زاد النظر في غرامةِ السراية، وإن لم تجب النفقة، وفيه قولان:

أظهرهما: أنه لا يقبل؛ لأنه لو قبل لعتق على الصبي، وإذا عتق سرى ولزم قيمة الشريك، وفيه إضرار بالصبي.

والثاني: يقبله ويعتق عليه ولا يسري؛ كي لا يتضرر الصبي. ووجه أيضاً: بأنه لا اختيار له في حصول الملك.

وفي «تعليقة الشيخ أبي حامد»: أن بعض الأصحاب رضي الله عنهم: قطع بأنه ليس له أن يقبل، وجعل القولين في أنه إذا قبل هل يصح؟

الثانية: إذا اشترى المريض مرض الموت قريبه، فإما أن يشتريه بثمنه، أو بمحاباة، وعلى التقدير الأول: فإما أن يكون عليه دين، أو لا يكون، وحكم الأحوال الثلاث قد ذكرناه في الوصايا[1]، وبينا أنه إذا لم يكن دينٌ ولا محاباة فيعتبر عتقه من الثلث، فإن خرج الكل من الثلث عتق كله[2]، وإلا عتق منه قدر الثلث[3]، وهذا هو المقصود[4] من قوله هاهنا[5]: (عتق إن وفى به ثلثه، وإلا لم يعتق)، أي: لم يعتق كله، (وإن ملكه بإرث)، فيعتق من رأس المال حتى يعتق[6].

---

(١) في (ظ): (الوصية)، وانظر: «الوجيز» (١/ ٢٧٩)، وما سلف (١١/ ٦٩٤).

(٢) قوله: (كله) ليس في (ز).

(٣) من قوله: (فإن خرج الكل) إلى هنا ليس في (ظ).

(٤) في (ز): (المنصوص).

(٥) في (ظ): (هاهنا من قوله).

(٦) زاد في (ط العلمية) (١٣/ ٣٤٤): «محله». (م ع).

وإن لم يملك شيئاً آخر أو من الثلث حتى لا يعتق إلا الثلث، إذا لم يملك مالاً[١] آخر، فيه وجهان ذكرناهما هنالك[٢]، والأول أولى بالترجيح، وهو الذي أورده صاحب الكتاب رحمه الله.

ثم لو[٣] ملكه بالاتهاب أو بقبول الوصية، فهو مرتب على ما لو ملك بالإرث: إن قلنا هناك: يحسبُ من الثلث، فهاهنا أولى. وإن قلنا: من رأس المال، فهاهنا وجهان بناء على معنيين علل[٤] بهما احتساب الموروث من رأس المال، فعلل المعللون: بأن الملك والعتق حصلا بغير اختياره، فهو خارج عن التبرعات مستحق شرعاً.

وعلل آخرون: بأنه ملك بلا عوض بذله في مقابلته[٥]، بخلاف ما إذا اشترى.

فمن قال بالأول، قال: يحسب الموهوب والموصى به من الثلث. ومن قال بالثاني، قال[٦]: يحتسب[٧] من رأس المال.

وإذا قلنا: يحسب من رأس المال[٨] فيعتق، وإن كان على المريض دين مستغرق، وكذا المفلس المحجور عليه، إذا قبل ولا معترض للغرماء عليه. وإن قلنا: يحسب[٩] من الثلث، فلا يعتق، ويباع في الدين.

---

(١) قوله: (مالا) ليس في (ظ).

(٢) في (أ): (هناك).

(٣) في (ز): (ولو).

(٤) في (ظ): (يملك).

(٥) في (ظ): (مقابلة).

(٦) قوله: (قال) ليس في (ي).

(٧) في (أ): (يحسب).

(٨) قوله: (وإذا قلنا يحسب من رأس المال) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

(٩) في (ز): (يحتسب).

ويكتفى بهذا القدر هاهنا، فالمسألة مبسوطة في الموضع المحال عليه، وإذا راجعته جوزت إعلام قوله هاهنا: (إنْ وفَّى به ثلثه) بالواو؛ لوجه ذكرناه: أن المريض ليس له شراء القريب بحال، وحينئذٍ فلا يعتق.

الثالثة: من[1] الأصول في «السير»: أنه إذا قهر حربي حربياً[2]، ملَكه، ويخالف ما إذا قهر مسلم حربياً وأسَره، لا يجري الرق عليه حتى يرقه الإمام؛ لأن للإمام اجتهاداً في أسارى الكفار، والمسلم مأمور برعايته، والحربي لا يؤاخذ بمثل ذلك.

قال الإمام[3]: ولم يشترط[4] الأصحاب قصد الإرقاق، بل اكتفوا بصورة القهر، وعندي: لا بد من القصد، فإن القهر قد يكون للاستخدام ولا يتميز قهر الإرقاق عن غيره إلا بالقصد.

إذا عرفت[5] ذلك: فلو قهر عبد سيده الحربي، عتق العبد، وصار السيد رقيقاً له.

ولو قهر الزوج زوجته واسترقها، ملكها، وجاز له بيعها. وكذا لو قهرت الزوجة زوجها. ولو قهر حربي أباه أو ابنه، هل له بيعه؟ فيه وجهان:

أحدهما ـ وبه قال ابن الحداد رحمه الله ـ: لا؛ لأنه يعتق عليه بالملك، فلا يستقر له ملك حتى يبيعه.

---

(١) في (أ): (في).

(٢) في (ز) و(ظ): (أن الحربي إذا قهر حربياً).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٤٩٠).

(٤) في (أ): (يشرط).

(٥) في (ز): (إذا عرف ذلك).

والثاني: نعم؛ لأن القهر دائم، فكما يرفع[١] ابتداؤه الحرية الأصلية يرفع[٢] دوامة العتق المرتب على الملك. وبهذا أجاب الشيخ أبو زيد رحمه الله، حين سأله الحليمي في مسائل أنفذها إليه يستفتيه فيها. كذلك حكاه الشيخ أبو علي رحمهم الله.

ويشبه أن يرجح الأول. قال الإمام[٣]: ويتجه أن يقال: إنه لا يملكه بالقهر؛ لاقتران السبب المقتضي للعتق بالقهر المقتضي للملك، ويخالف الشراء فإنا جوزناه لوقوعه ذريعة إلى تخليصه من الرق.

وقوله في الكتاب: (وصحّ[٤] بيعه من المسلم)، ليس لتخصيص الحكم بالمسلم، بل يصح بيعه من المسلم والذمي والحربي، وكان الغرض: أن المسلم يجوز له الشراء اعتماداً على قهر بعضهم بعضاً.

* * *

(١) في (أ) و(ي): (يدفع)، وفي (ظ): (كما يندفع).

(٢) في (أ) و(ي): (يدفع)، وفي (ظ): (كما يندفع).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٤٩٠).

(٤) في (ظ): (ويصح).

قال:

(ولو اشترى نصفَ قريبِه عتق[١]، وسرى عندَ شروطِه[٢]، ولو وَرِثَ لم يَسرِ. ولو قَبِلَ وكيلُه، فاختيارُ وكيلِه كاختيارِه. ولو أوصى له ببعضِ ابنِه فماتَ قبلَ القَبول، فقَبِلَه أخوه له سَرى على الميِّت، إن وفّى به الثُّلث، وكأنه قَبِلَه في الحياة. ولو أوصى له ببعضِ ابنِ أخيه فماتَ[٣] فقَبِلَ أخوه له، لم يَعتِق على الأخ في وجهٍ، لأن المُلكَ يَحصلُ للمَيِّتِ ثمَّ له، فكأنه[٤] حَصَلَ له غيرَ مقصود[٥]، ويجري الخلافُ فيما لو رَجَعَ إليه بعضُ قريبِه بردِّ عوضِه بالعيب؛ لأنه رجعَ[٦] غيرَ مقصودٍ).

قد ذكر صاحب الكتاب[٧] مرة في شروط[٨] سراية العتق: أنه إذا اشترى نصف قريبه عتق عليه ما اشتراه وسرى إلى الباقي، وفي[٩] معناه قبول الهبة والوصية، وأنه لو ورث نصف قريبه لا يسري؛ لأنه لا اختيار له فيه، وشراء الوكيل وقبوله الهبة والوصية كشرائه وقبوله؛ لصدوره عن اختياره، وكذلك قبول نائبه

---

(١) في (ز): (عتق عليه).

(٢) في (ز): (عند وقوعه).

(٣) من قوله: (قبل القبول) إلى هنا ليس في (أ) و(ي).

(٤) في (ظ): (وكأنه).

(٥) في (ظ): (مقصوده).

(٦) قوله: (رجع) ليس في (ي).

(٧) انظر: «الوجيز» (٢/ ٢٧٤).

(٨) في (ظ): (شرط).

(٩) في (ظ): (ففي).

شرعاً، حتى لو أوصى لإنسان بابنه[١] فمات قبل قبول الوصية وقبلها أخوه عتق الشقص على الميت، وسرى إلى الباقي إن وفى به الثلث، ونزل قبول الورثة منزلة قبوله في حياته.

ولو أوصى لإنسان بشقص ممن يعتق على وارثه كما لو أوصى له ببعض ابن أخيه فمات قبل القبول، وقبل الأخ عتق الشقص، وفي السراية وجهان، أشبههما: المنع؛ لأن الملك يحصل للميت أولاً، ثم ينتقل إليه إرثاً، فكأنه لم يتملكه مقصوداً.

ويجري الخلاف في السراية حيث يحصل الملك بطريق اختياري يتضمن الملك ولا يقصد به التملك[٢]، كما إذا باع من يعتق على وارثه، مثل: إن باع ابن أخيه بثوب، ومات، ووارثه أخوه، فرد الثوب بعيب[٣] واسترد الشقص، وعتق عليه، هل يسري إلى الباقي؟ وهذا صورة قوله في الكتاب: (لو رجع[٤] إليه بعض قريبه برد عوضٍ بالعيب؛ لأنه رجع غير مقصود).

وقوله: (لم يعتق على الأخ في وجهٍ)، كان الأحسن أن يقول: «لم يسر»، ولا كلام في أن الشقص المسترد[٥] يعتق عليه، ولكن[٦] أراد بما ذكره: أنه لم[٧] يعتق كله عليه[٨] فكنى به عن السراية.

---

(١) في (ظ): (ببعض ابنه).

(٢) في (أ) و(ي): (الملك).

(٣) في (ظ): (بالعيب).

(٤) في (ي) و(ظ): (أو رجع).

(٥) في (ي): (المردود).

(٦) قوله: (لكن) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

(٧) في (ظ): (لا يعتق).

(٨) قوله: (عليه) ليس في (ز).

واعلم أن هذه الصورة قد ذكرناها بشرحها في شروط[1] السراية؛ لأنه ذكر بعضها هناك، وضم هاهنا إلى المذكور هناك[2] صوراً، فرأينا إيرادها مجموعة أولى وأكثر فائدة.

ولو وهب من العبد من بعض من يعتق على سيده فقبل، وقلنا: لا يفتقر قبوله إلى إذن السيد، عتق الموهوب على السيد وسرى؛ لأن قبول العبد كقبوله شرعاً[3].

فرع:

جَرَحَ ابن رقيق أباه، فاشتراه الأب، ثم مات من تلك الجراحة، إن قلنا تصح الوصية للقاتل عتق من ثلثه، وإلا لم يعتق، قال صاحب «التهذيب»[4]: وعلى هذا فيجوز أن تُجْعَلَ صحة الشراء على وجهين، كما لو اشتراه وعليه دينٌ، والوجهان مذكوران في كتاب الوصايا.



(١) في (ز): (في شرط). وانظر: «الوجيز» (٢/ ٢٧٤)، وما سلف (ص٣١٨) وما بعدها.
(٢) في (أ): (ههنا).
(٣) قال النووي في «الروضة» (١٢/ ١٣٥): «هذا مشكل، وينبغي أن لا يسري، لأنه دخل في ملكه قهراً كالإرث». والله أعلم.
(٤) انظر: «التهذيب» للبغوي (٨/ ٣٩٥).

قال رحمه الله:

(الخاصيةُ الثالثة: امتناعُ العتقِ بالمرض:

فإذا أعتقَ[١] عبداً لا مالَ له غيُره عتقَ ثلثُه فقط، وإن كانَ عليه دينٌ مُستغرِقٌ لم يَعتِق شيء، فإن ماتَ هذا العبدُ قبلَ السيِّد؛ فيموتُ رقيقاً كلُّه، أو حُرّاً، أو ثلثُه حرّاً وثلثاه رقيقاً[٢]؟ فيه ثلاثةُ أوجه، وتظهرُ فائدتُه فيما لو وَهَبَ وأقبضَ فماتَ في مؤونةِ التَّجهيز، أما لو قَتلَه المُتَّهبُ فعليه غرامةُ ما وراءَ الثُّلث. ولو أعتقَ ثلاثةَ أعبدٍ، وماتَ[٣] واحدٌ قبلَ موتِ السَّيِّد، فيُجعَلُ كالمَعدوم، أم يدخلُ الميِّتُ[٤] في القُرعة؟ فيه خلاف. فإن قلنا: يدخل، فلو خَرجَ عليه رقَّ الآخران، ولو خَرَجَ على أحدِ الجنبَينِ[٥] لم يَعتِق إلا ثلثاه، وموتُه بعدَ موتِ السَّيِّد، ولكن قبلَ امتدادِ[٦] يدِ الوارثِ إليه، هل يكونُ كالمَوتِ قبلَ موتِ السَّيِّد؟ فيه وجهان، ومنهم من طَرَدَ الخلافَ في موتِه قبلَ القُرعة، وإن كانَ بعدَ موتِ السَّيِّد[٧]؛ لأنه محجورٌ عن التَّصرُّفِ فيه[٨]).

---

(١) في (ظ): (عتق عبد).

(٢) في (ز): «وثلثه حر وثلثاه رقيق». (م ع).

(٣) في (ز): (فمات).

(٤) قوله: (الميت) ليس في (أ).

(٥) (الجنبين) هكذا في جميع النسخ. وفي «الوجيز» (٢/ ٢٧٧): (إحدى الجهتين).

(٦) من قوله: (عليه رقّ الآخران) إلى هنا ليس في (أ) و(ي).

(٧) في (ز): (ثبوت اليد)، وفي (ظ): (مد اليد إليه).

(٨) قوله: (فيه) ليس في (أ).

سبق في الوصايا: أن التبرعات في مرض الموت تعتبر من الثلث[١]، وأن العتق من التبرعات، وقد يندفع لذلك بوقوعه[٢] في المرض، وإنما يعتبر الثلث[٣] بعد حط قدر الدين، فلو كان الدين مستغرقاً لم يعتق منه شيء، وسنعود إلى هذا.

إذا عُرف[٤] ذلك، ففي الفصل مسألتان:

إحداهما: إذا أعتق عبداً لا مال له غيره، لم يعتق منه إلا ثلثه، وإن مات هذا العبد بعد موت السيد مات حراً ثلثه، وإن مات قبل موت السيد، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يموت رقيقاً كله؛ لأن ما يعتق ينبغي أن يحصل للورثة مثلاه، وهاهنا لم يحصل لهم شيء، ويؤثر عن الشيخ أبي زيد أنه قال: أجبت به في مجلس الشيخ أبي بكر المحمودي رحمه الله، فرضيه وحمدني عليه.

والثاني: أنه يموت حراً كله؛ لأن ما يهلك[٥] في حياة المورث، لا حق فيه للورثة حتى يرد تبرعه لحقهم، ولأنه[٦] لا فائدة في إرقاق شيء منه، ولا يحصل للورثة منه شيء.

والثالث ـ وبه قال القفال رحمه الله ـ: أنه يموت ثلثه حراً وثلثاه رقيقاً، كما لو مات بعد موت السيد، ولأنه لو عاش عاش على الرق والحرية، فإذا مات مات عليهما.

---

(١) انظر: «الوجيز» (١/ ٢٧٢)، وما سلف (١١/ ٤٨٨).

(٢) في (أ) و(ي): (وقوعه).

(٣) في (ز): (من الثلث).

(٤) في (ظ): (عرفت).

(٥) في (ز): (يملك).

(٦) قوله: (ولأنه) ليس في (ظ).

والأصح عند الصيدلاني رحمه الله: الوجه الأول، ولم يورد في «التهذيب»[١] إلا الوجهين الآخرين، وبناهما على أنه إذا زاد التبرع على الثلث، وأجازه الوارث، فهو تنفيذ لما فعله المورث، أو ابتداء عطيةٍ وتمليكٍ من الوارث؟ إن قلنا بالأول: فيموت حراً؛ لأن ما فعله المورث تنفيذ. وإن قلنا بالثاني: فلا؛ لأن تبرعه غير نافذ فيما زاد على الثلث[٢].

وتظهر فائدة الخلاف في شيئين:

أحدهما ـ وهو المذكور في الكتاب ـ: إذا وهب في مرض الموت عبداً[٣] لا يملك غيره، وأقبضه، ومات العبد قبل موت السيد، فإن قلنا في مسألة العتق: يموت رقيقاً، فهاهنا يموت على ملك الواهب[٤]، وعليه مؤونة تجهيزه. وإن قلنا: يموت حراً، فيموت هاهنا على ملك الموهوب منه، وعليه المؤونة. وإن قلنا بالوجه الثالث: وزعت المؤونة عليهما.

والثاني: إذا كان لهذا العبد ولدٌ من معتقة، كان ولاء الولد لموالي[٥] أمه، فإن قلنا: إنه يموت حراً فيَنْجَرُّ الولاء إلى معتق الأب. وإن قلنا: يعتق ثلثه ينجر ولاء الثلث، وقد[٦] ينجر الولاء في بعض العتق دون بعض كما إذا اشترى ابنا مملوك أمهما مُعتِقةُ أباهما بالسوية، ينجرُّ ولاء نصف كلّ[٧] واحد منهما إلى الآخر، ويبقى النصف الآخر[٨] لمعتق الأم.

---

(١) انظر: «التهذيب» للبغوي (٨/ ٣٩٤) (٨/ ٣٨٧).

(٢) في (أ): (الثلثين).

(٣) في (أ): (المرض عبداً).

(٤) في (ظ): (الوارث).

(٥) قوله: (لموالي) ليس في (ظ).

(٦) قوله: (ينجر ولاء الثلث وقد) ليس في (ظ).

(٧) قوله: (كل) ليس في (ظ).

(٨) قوله: (الآخر) ليس في (أ).

ولو[١] أعتق في المرض عبداً وله مال سواه، فمات قبل موت المعتق، فقد ذكر الإمام[٢]: أن جماهير الأصحاب رحمهم الله قالوا: لا يحسب من الثلث ولا يزاحم أرباب الوصايا، بل[٣] يجعل كأن ذلك العبد لم يكن؛ لأن الوصية إنما تتحقق بالموت، فإذا لم يبق إلى[٤] الموت لم يدخل في الحساب، وأنه يجيء على قولنا: إن حكمه بعد الموت كحكمه لو عاش، أن يحسب من الثلث، ويزاحم أرباب الوصايا.

ولو وهب عبداً وأقبضه، وله مال آخر فتلف في يد المتهب قبل موت الواهب فهو كما لو أعتقه، وهذا كما أن هبته ولا مال له سواه بمثابة إعتاقه ولا مال له سواه.

ولو أتلفه المتهب فهو كما لو كان باقياً حتى إذا كان له مال آخر[٥] فيحسب الموهوب من الثلث، وإذا لم يخرج[٦] من الثلث يغرم المتهب للورثة ما يزيد على الثلث بخلاف ما إذا تلف؛ لأن الهبة ليست مضمنة، والإتلاف مضمن على كل حال.

وأشار الإمام[٧] رحمه الله إلى: أنه يحتمل أن يجب الضمان في صورة التلف، إذا قلنا أنه يحسب من الثلث، فإن الزائد على الثلث حينئذ يبين أنه تلف في يده لغيره، فيكون كما لو وهب الغاصب المغصوب من غيره، وأقبضه فتلف في يد الموهوب منه، فإنا قد[٨] نقول باستقرار الضمان عليه.

---

(١) في (ظ): (فلو).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٢٣٦).

(٣) قوله: (بل) ليس في (ظ).

(٤) في (أ) و(ي): (إلا)، وهو خطأ.

(٥) في (ظ): (أجزأه).

(٦) في (ج): (يخرج الموهوب).

(٧) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٢٣٦-٢٣٧).

(٨) قوله: (قد) ليس في (ز).

قال: وبتقدير أن لا يجب الضمان في التلف، فيجوز أن لا يجب في صورة الإتلاف أيضاً، كما أن الواهب في حياته لا يطالب الموهوب منه بشيء سواء تلف الموهوب في يده، أو أتلفه.

المسألة الثانية: إذا أعتق ثلاثة أعبد قيمتهم سواء وهو لا يملك غيرهم، فمات أحدهم قبل موت السيد، فالذي يوجد للأصحاب على اختلاف طبقاتهم ـ وهو منصوص الشافعي رضي الله عنه ـ: أن الميت يدخل في القرعة[١].

وذكر الإمام[٢]: أن قياس ما ذكرنا في العبد الواحد، أن يجعل الغائب كالمعدوم، ويقدر كأنه أعتق عبدين لا مال له[٣] سواهما، وأقام صاحب الكتاب هذا وجهاً، فقال: (يجعل الميت كالمعدوم، أم يدخل في القرعة؟ فيه خلاف).

ولك أن تقول: نحن في الصورتين جميعاً نبقي للورثة مثلي[٤] ما مات الموروث[٥] عنه[٦]، ولا يدخل الغائب في حساب التركة على ما سيتضح في التفريع، لكن العدد من العبيد محل القرعة، وإدخاله في القرعة ينفع الورثة، والعبد الواحد ليس محل القرعة، وإذا أدخل الميت في القرعة، فإن خرج له سهم[٧] العتق بانَ أنه مات حراً موروثاً عنه ورقَّ الآخران، وإن خرج له سهم الرق لم يحسب على الورثة؛ لأنهم يبتغون

---

(١) انظر: «الأم» (٨/ ٨)، و«الوسيط» (٧/ ٤٧٣)، و«التهذيب» (٨/ ٣٨٦)، و«الروضة» (١٢/ ١٣٧)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٥٠٢).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٢٣٧).

(٣) في (أ): (كأنه عبد من لا مال له).

(٤) في: (ز) و(ظ): (مثل).

(٥) في (أ) و(ي): (المورث).

(٦) قوله: (عنه) ليس في (أ) و(ي).

(٧) قوله: (سهم) ليس في (ظ).

المال[١] ومنفعته ويحتسب[٢] به عن العتق[٣]؛ لأن المعتق يبغي الثواب، وتعاد القرعة بين العبدين، كما لو لم يكن إلا عبدان فأعتقهما، فمن خرج له سهم العتق عتق ثلثاه ويرق[٤] ثلثه، والعبد الآخر[٥].

ولو خرج سهم العتق ابتداء على أحد الحيين، فكذلك يعتق ثلثاه، ويمكن أن يقال: إذا لم يكن الميت من التركة وخرج سهم العتق على أحد الحيين، وأقمنا فيهما رسم الثلث والثلثين، فيفرد الميت بالحكم[٦] حتى يجيء الخلاف في أنه يموت حراً أو رقيقاً، كما لو أعتق عبداً لا مال له غيره.

ولو مات أحدهم بعد موت السيد، وقبل امتداد يد الوارث إلى التركة، فالحكم كما لو مات قبل موت السيد.

ولفظ الصيدلاني رحمه الله: يقتضي الاكتفاء بأن لا يكون الميت في يده؛ لثبوت الحكم المذكور.

وإن مات بعد امتداد يد الورثة، وقبل الإقراع، ففيه وجهان:

أصحهما[٧]: أنه يحسب الميت على الورثة حتى لو خرجت القرعة لأحد الحيين يعتق كله؛ وذلك لأن الميت دخل في أيديهم وضمانهم.

---

(١) في (ي): (يستغنون بالمال).

(٢) في (ظ): (ويحسب).

(٣) في (ي) و(ظ): (المعتق).

(٤) في (ي) و(ظ): (ورق).

(٥) في (ظ): (والعبدان الآخران).

(٦) في (ظ): (للحكم).

(٧) في (ظ): (أحدهما).

والثاني: أن الحكم كما لو مات قبل ثبوت أيديهم على التركة؛ لأنهم لا يتسلطون على التصرف وإن ثبتت أيديهم الحسية.

وقوله في الكتاب: (وموته بعد موت السيد، ولكن قبل امتداد يد الوارث) إلى آخره: صريح في إثبات وجهين فيما[١] قبل امتداد أيديهم، وفي أن بعضهم طرد الوجهين فيما إذا مات بعد امتداد أيديهم، والذي يوجد لغيره: أن الحكم فيما إذا مات قبل الامتداد، كهو فيما إذا مات قبل موت السيد، وإن فيما[٢] بعد الامتداد وجهين، وكذلك ذكره الإمام[٣] وصاحب الكتاب في «الوسيط»[٤]، وما ساقه في الكتاب من تفرداته، ولا يؤمن صدور مثله عن السهو.

ولو كانت الصورة بحالها ومات اثنان قبل موت السيد، فعن ابن أبي هريرة أنه يقرع بينهم، فإن خرج سهم العتق على أحد الميتين[٥] عتق نصفه، ويحصل للورثة مثلاه، وهو العبد الحي، وإن خرج سهم الرق عليه، أقرعنا بين الميت الآخر وبين الحي، فإن خرج سهم الحرية على الميت الآخر أعتقنا نصفه الآخر، وإن خرج سهم الرق عليه لم نحسبه على الورثة، وأعتقنا ثلث الميت الحي.

ولو قُتِلَ أحد العبيد[٦] قبل موت السيد أو بعده فيدخل القتيل في القرعة ولا محالة؛ لأن قيمته تقوم مقامه، فإن خرج سهم العتق لأحد الحيين عتق كله، وللورثة الآخر وقيمة القتيل، وإن خرج للقتيل بان أنه قتل حراً، وعلى قاتله الدية لورثته.

---

(١) من قوله: (ولكن قبل امتداد يد الوارث) إلى هنا ليس في (ظ).

(٢) في (ظ): (وإن فيها).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٢٣٧-٢٣٨).

(٤) انظر: (٧/ ٤٧٤).

(٥) في (ظ): (الحيين).

(٦) في (أ): (العبدين).

وأما القصاص، فعن بعض الأصحاب: أنه لا يجب إن كان قاتله حراً، بخلاف ما إذا قال لعبده: «إن جرحت فأنت حر قبله»، فجرحه حرٌّ ومات من الجراحة، حيث يجب القصاص؛ لأن الحرية متعينة فيه، وهاهنا التعيين بالقرعة.

وقال صاحب «التهذيب»[١]: يحتمل أن يكون في المسألتين جميعاً وجهان؛ لأنه قتل من اعتقد رقه، كما لو قتل من عرفه رقيقاً فبان أنه كان قد عتق، وفي[٢] وجوب القصاص قولان.

واعلم أن الكلام في المسألة الثانية من فروع القرعة، والخاصية الرابعة أحق بأن تودع فيها، ولكن لما ذكر موت العبد الواحد إذا أعتق، عقبهُ بالقول في موت الواحد من الجماعة إذا أعتقوا.

وقد يوجد في كثير من نسخ الكتاب في آخر الفصل: (وإن كان بعد موت السيد)، وهو غلط، والصواب: بعد ثبوت اليد، أو بعد امتداد اليد.

* * *

---

(١) انظر: «التهذيب» للبغوي (٨/ ٣٨٦ - ٣٨٧).

(٢) في (أ) و(ظ): (في) دون واوه.

قال رحمه الله:

(الخاصيةُ الرّابعة: القُرعة:

ومحَلُّها أن يعتق عبيداً معاً يَقصرُ الثُّلثُ عنهم. ولو أعتقَ على ترتيب، فالسَّابقُ مُقدَّم، ولو أوصى على ترتيبٍ أو جمعٍ أقرَع، وقيل: لا قُرعةَ في الوَصيّة، بل يُقسَمُ الثُّلثُ[1] عليهم[2]، ولو قال: الثُّلثُ من كلِّ واحدٍ منكم حرّ، ففي إجراءِ القُرعةِ وجهان).

مقصود الخاصية مرتب على طرفين:

أحدهما: في محل القرعة، وهو أن يعتق عبيداً في مرض موته دفعةً واحدةً يقصر عنهم ثلث[3] ماله ولم يجز الورثة صنيعه[4] فيقرع بينهم لتجتمع الحرية في بعضهم، فيعتق بكماله أو يقرب من العتق، وبه قال مالك وأحمد[5].

وقال أبو حنيفة[6]: لا يقرع، بل يعتق من كل واحد ثلثه ويستسعى في الباقي، وقد ذكرناه مع معتمدنا في القرعة وهو خبر عمران بن حصين رضي الله عنه[7] في

---

(١) قوله: (الثلث) ليس في (ج) و(ظ)و (ز).

(٢) في (ي): (عليه)، وهو خطأ.

(٣) قوله: (ثلث) ليس في (ظ).

(٤) في (ظ): (جميعهم).

(٥) في (ز): (قال أحمد ومالك).

انظر: «المقنع» ص١٩٩، و«مختصر خليل» ص٢٩٥، و«مواهب الجليل» (٦/ ٣٤١).

(٦) انظر: «الهداية» (٢/ ٦٠).

(٧) خبر عمران بن حصين رضي الله عنه، وقد سلف في باب القسمة (١١/ ٥٢٢)، وسيأتي أيضاً (ص ٤٠٠) من هذا الجزء.

كيفية احتساب التبرعات من الثلث من كتاب الوصايا[1]. وفي الضبط المذكور قيود:

أحدها: وقوع الإعتاق في مرض الموت، فإن أعتقهم لا في مرض الموت عتقوا جميعاً ولا قرعة.

والثاني: أن يعتقهم دفعة واحدة، مثل أن يوكل بإعتاق كل واحد وكيلاً فيعتقوا معاً، أو يقول: «هؤلاء أحرار»، أو يقول لهم: «أعتقتكم» أو «أنتم أحرار»، فإن أعتقهم على الترتيب يقدم الأول فالأول إلى أن يتم[2] الثلث، وذلك مثل أن يقول: «سالم حر وغانم حر وفائق حر».

ولو قال: «سالم وغانم وفائق أحرار»، فهو محل القرعة.

ولو قال: «سالم وغانم وفائق حر»، فعن القاضي أبي حامد رحمه الله: أنه يراجع، فإن قال: «أردت حرية كل واحد منهم»، فهو كما لو قال: «أحرار». وإن قال: «أردت حرية الأخير»، قُبل ولا قرعة. وإن قال: «أردت حرية غيره»، لم يُقبل.

والثالث: أن يقصر عنهم ثلث ماله، ولا يجيز الورثة، فإن وفَّى الثلث بالعتقين[3] أو أجاز الورثة، عتقوا جميعاً.

ولو أوصى بإعتاق عبيده[4] ولم يف الثلث بهم، ولم يجز الورثة، فيقرع أيضاً، ولا فرق هاهنا بين أن يوصي بإعتاقهم دفعة واحدة، وبين أن يقول: «أعتقوا عبدي فلاناً» ثم يقول: «أعتقوا فلاناً»؛ لأن وقت الاستحقاق واحد وهو الموت، بخلاف ما إذا رتب الإعتاق المنجز، إلا أن يقيد فيقول: «أعتقوا فلاناً ثم فلاناً[5]».

---

(١) انظر: «الوجيز» (١/ ٢٧٢)، وما سلف (١١/ ٤٨٨).

(٢) في (ظ): (إلى سهم).

(٣) في (ظ): (المعتقين).

(٤) في (أ): (عبد)، وفي (ظ): (عبيد).

(٥) قوله: (ثم فلاناً) ليس في (أ).

ولو علق العتق بالموت فقال: «إذا مت فأنتم أحرار» أو «أعتقتكم بعد موتي»، أو رتب فقال: «إذا مت، ففلان حر»، ثم قال[١]: «إذا مت، ففلان حر»، يُقرع أيضاً.

وفي الوصية وتعليق العتق وجه: أنه لا قرعة، بل يعتق من كل واحد ثلثه؛ لأن القرعة على خلاف القياس، وإنما ورد بها[٢] الخبر في الإعتاق المنجز، وقد ذكرنا هذا في الوصايا. والظاهر: الأول[٣].

ولو قال: «أعتقت ثلث كل واحد منكم» أو «أثلاث هؤلاء أحرارٌ»، فوجهان:

أحدهما: أنه لا يقرع بينهم، بل يعتق من كل واحد ثلثه؛ لتصريحه بالتبعيض.

وأصحهما ـ على ما ذكر في «التهذيب»[٤] ـ: أنه يقرع أيضاً؛ لأن العبيد له على الخلوص، وإعتاق بعض العبد[٥] الخالص كإعتاق كله، فصار كما لو قال: «أعتقتكم»، وقد سبق هذا في الوصايا أيضاً.

وسبق أنه لو قال: «أعتقت ثلثكم» أو «ثلثكم حر»، فهل هو كقوله: «أعتقتكم»، أو كقوله: «أثلاث هؤلاء أحرار»؟ فيه طريقان.

وأنه لو أضاف إلى الموت فقال: «ثلث كل واحد حر بعد موتي» أو «أثلاث هؤلاء أحرارٌ بعد موتي»[٦]، عتق[٧] من كل واحد ثلثه، ولا يُقرع؛ لأنه لا سراية بعد الموت.

---

(١) قوله: (ثم قال) ليس في (أ).

(٢) في (أ): (هذا).

(٣) انظر: «الوسيط» (٧/ ٤٧٥)، و«الروضة» (١٢/ ١٣٩)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٥٠٢).

(٤) انظر: «التهذيب» (٨/ ٣٧٤)، وكذلك «الروضة» (١٢/ ١٣٩).

(٥) في (أ): (العبيد).

(٦) قوله: (أو أثلاث هؤلاء أحرارٌ بعد موتي) ليس في (ظ).

(٧) في (ظ): (يعتق).

وحكينا وجهاً آخر: أنه يقرع، كما لو نجز في المرض. والظاهر: الأول، وعليه فرع ابن الحداد.

ولصاحب الوجه الآخر أن يقول: نعم، لا سراية بعد الموت، ولكن قوله: «ثلث كل واحد منكم حرٌّ» نزلتموه منزلة قوله: «أعتقتكم» حتى حكمتم بالقرعة فيه في أظهر الوجهين، وإذا تنزل[1] منزلته، فلو قال: «أعتقتكم بعد موتي»، يقرع بينهم، فكذلك إذا قال: «ثلث كل واحد منكم حرّ بعد موتي».

قاعدتان:

إحداهما: يعتبر لمعرفة الثلث فيمن أعتقه منجزاً في المرض قيمة يوم الإعتاق، وفيمن أوصى بعتقه قيمة يوم الموت؛ لأنه وقت الاستحقاق[2]، وفيما يبقى للورثة أقل قيمة من يوم الموت، إلى أن يقبضوا التركة؛ لأنه إن كانت قيمة يوم الموت أقل فالزيادة حصلت في ملكهم، وإن كانت قيمة يوم القبض أقل فما نقص قبل ذلك لم يدخل في يدهم فلا يحتسب عليهم، كما يغصب أو يضيع[3] من التركة قبل أن يقبضوه.

وإذا نجز إعتاق عبد في المرض، وأوصى بإعتاق آخر، قوّمنا الأول حال إعتاقه، والآخر حال[4] الموت، وبقية التركة بأقل القيمتين، فإن خرجا من الثلث عتقا، وإن خرج أحدهما أعتقنا المنجز إعتاقه، وإن زاد الثلث على أحدهما أعتقنا الثلث بقدر الزيادة من الموصى بإعتاقه، وإن نقص الثلث أعتقنا بقدره من المنجز إعتاقه.

ولو أعتق في المرض عبداً مبهماً بأن قال: «أحد هؤلاء حرّ»، أو أوصى بإعتاق

---

(١) في (ي) و(ظ): (نزل).

(٢) في (ظ): (الإعتاق).

(٣) في (أ) و(ي) و(ظ): (ويضيع).

(٤) في (ظ): (حالة).

واحدٍ[١] مبهمٍ أيضاً بأن قال: «أعتقوا أحد هؤلاء»، ففي «جمع الجوامع» للروياني رحمه الله: أنه يكتب رقعة للعتق، وأخرى للوصية، ورقعتان للتركة، فمن خرج له العتق فكأنه أعتقه بعينه، ومن خرج له الوصية فكأنه أوصى بإعتاقه بعينه، ثم يكون الحكم كما سبق.

وفي «الشامل»: أنه يميز الثلث بالقرعة أولاً، ثم يميز بين المنجز إعتاقه، وبين الآخر.

والثانية: كل عبد من المنجز إعتاقهم عتق بالقرعة، يحكم بعتقه من يوم الإعتاق لا من يوم القرعة، ويسلم له ما اكتسبه من وقت الإعتاق غير محسوب من الثلث، سواء اكتسبه في حياة المعتق، أو بعد موته، وكل من بقي رقيقاً منهم فأكسابه[٢] قبل موت المعتق تحسب على الوارث في الثلثين، واكتسابه بعد موته وقبل القرعة لا تحسب عليه؛ لحصوله على ملكه.

فلو أعتق[٣] في مرضه ثلاثة أعبد لا مال له غيرهم، قيمة كل واحد مئة واكتسب أحدهم بمئة وأقرعنا: فإن خرجت القرعة للمكتسب، عتق وفاز بكسبه، ورق الآخران. وإن خرجت[٤] القرعة[٥] لأحد الآخرين، عتق، ثم تعاد القرعة بين المكتسب والثاني: فإن خرجت للثاني عتق ثلثه وبقي ثلثاه[٦]، والمكتسب وكسبه للورثة. وإن خرجت للمكتسب وقع في الدَّوْر؛ لأنه يعتق بعضه، ويتوزع الكسب

(١) قوله: (واحد) ليس في (أ).
(٢) في (أ): (فاكتسابه).
(٣) في (ز) و(ظ): (ولو أعتق).
(٤) في (ظ): (خرج).
(٥) قوله: (القرعة) ليس في (ظ).
(٦) في (ي): (مع المكتسب).

على ما عتق[١] وعلى ما رقَّ، ولا تحسب عليه حصة ما عتق، وتزيد التركة بحصة ما رقَّ، وإذا زادت التركة زاد[٢] ما عتق وتزيد[٣] حصته، وإذا زادت حصته نقصت حصة التركة، وطريق استخراجه قد بيناه في المسائل الدورية من الوصايا[٤]، والحكم: أنه يعتق منه ربعه ويتبعه ربع كسبه، يبقى للورثة ثلاثة أرباعه، وثلاثة أرباع كسبه[٥] والعبد الآخر، وجملتها ضعف ما عتق.

ولو اكتسب أحدهم مئتين، وخرجت القرعة الثانية لغير المكتسب عتق ثلثاه، وبقي ثلثه والمكتسب[٦] وكسبه للورثة.

وإن خرجت للمكتسب[٧] فقد عتق منه شيء وتبعه من الكسب شيئان؛ لأن كسبه مثلا قيمته، تبقى للورثة أربعة أعبدٍ إلا ثلاثة أشياء، وإن شئت قلت: أربعمئة إلا ثلاثة أشياء[٨] تعدل ضعف ما عتق، وهو عبدان وشيئان، فبعد الجبر[٩]: أربعة أعبد تعدل عبدين وخمسة أشياء، نسقط عبدين بعبدين، يبقى عبدان في مقابلة خمسة أشياء، فالشيء خمس[١٠] العبدين وهو خمسا عبد[١١] وذلك أربعون، فقد عتق مئة وأربعون،

---

(١) في (أ): (ما أعتق).

(٢) في (ز): (وإذا زادت التركة أوما عتق فتزيد).

(٣) في (ز): (فتزيد).

(٤) انظر: «الوجيز» (١/ ٢٨٠)، و«الوسيط» (٧/ ٤٧٦)، وما سلف (١٢/ ٢٧٤) وما بعدها.

(٥) من قوله: (يبقى للورثة) إلى هنا ليس في (ظ).

(٦) في (أ): (الكاسب).

(٧) في (أ): (الكاسب).

(٨) من قوله: (وإن شئت قلت) إلى هنا ليس في (ظ) و(ز).

(٩) في (ظ): (الحر).

(١٠) في (ظ): (خمسي).

(١١) قوله: (العبدين وهو خمسا عبد) ليس في (ظ).

وبقي للورثة ثلاثة أخماسه ستون، وثلاثة أخماس كسبه مئة وعشرون والعبد الآخر، وجملتها مئتان وثمانون.

ولو اكتسب أحدهم خمسين، وخرجت القرعة الثانية لغير المكتسب، عتق سدسه وهو ستة عشر وثلث[١]، وبقي خمسة أسداسه والمكتسب، وكسبه للورثة، وجملة ذلك مئتان وثلاثة وثلاثون وثلث، ضعف ما عتق.

وإن خرجت للمكتسب، عتق منه شيء وتبعه من الكسب نصف شيء، يبقى للورثة عبدان ونصف سوى[٢] شيء ونصف شيء، وذلك عدل[٣] ضعف ما عتق وهو عبدان وشيئان، فبعد الجبر يصير عبدان ونصف[٤] في معادلة عبدين وثلاثة أشياء ونصف، نسقط عبدين بعبدين تبقى المعادلة بين نصف عبد وبين ثلاثة أشياء ونصف، والشيء من ثلاثة أشياء ونصف سبعاه[٥]، فالشيء سبعا نصف عبد وسبعا نصف عبد سُبع عبد، فعرفنا أنه عتق منه بسبعة وهو أربعة عشر وسبعان، ويتبعه من الكسب سبعة غير محسوب عليه، يبقى للورثة ستة أسباعه[٦] وهي خمسة وثمانون وخمسة أسباع ومن الكسب ستة أسباعه وهي اثنان وأربعون وستة أسباع والعبد الآخر وهو مئة، وجملة ذلك مئتان وثمانية وعشرون، وأربعة أسباع ضعف ما عتق.

ولو كانت المسألة كما صورنا واكتسب كل واحد من العبيد مئة، فمن خرجت له القرعة عتق وتبعه كسبه، ثم تعاد القرعة بين الآخرين، فمن خرجت له القرعة

---

(١) في (أ): (ثلثان).

(٢) في (ز): (ونصف شيء سوى).

(٣) في (ز) و(ظ): (يعدل).

(٤) في (ظ): (في ضعف ما عتق، وهو عبدان وشيئان).

(٥) في (ظ): (سبعاً).

(٦) في (ظ): (أشياء).

عتق منه شيء[١] وتبعه من الكسب مثله، يبقى مع الورثة أربعة أعبد سوى شيئين يعدل ضعف ما أعتقنا وهو عبدان وشيئان، فبعد الجبر يعدل[٢] أربعة أعبد وعبدين[٣] وأربعة أشياء، فنسقط عبدين بعبدين يبقى عبدان في مقابلة أربعة أشياء، فالشيء نصف العبد، فعلمنا أنه عتق من هذا العبد نصفه وتبعه نصف كسبه غير محسوب، يبقى للورثة نصفه الآخر ونصف كسبه وللعبد الآخر وكسبه وجملته ثلاثمئة ضعف ما أعتقنا، وقد قدمنا لهذه الصورة نظائر في الوصايا[٤] فلا نطول.

وهذا كله في الأكساب الحاصلة في حياة المعتق. ولو اكتسب واحد من العبيد في المثال المذكور، مئة بعد موته، فإن خرجت القرعة للمكتسب عتق وتبعه كسبه غير محسوب كما لو اكتسب في الحياة، وإن خرجت لغير المكتسب عتق ورقَّ الآخران، ولا تعاد القرعة[٥] للكسب، بل يفوز به الورثة؛ لحصوله في ملكهم، وكسب من أوصى بإعتاقه في حياة الموصي للموصي تزيد[٦] به التركة والثلث، وكسبه بعد موته لا تزيد به التركة والثلث بلا خلاف.

وحكى ابن الصباغ رحمه الله: في أنه للورثة أو للعبد طريقين:

أحدهما: أن فيه قولين كالقولين في أن كسب العبد الموصى به بعد موت الموصي وقبل القبول للورثة أو للموصى له.

وأصحهما: القطع بأنه للعبد.

---

(١) من قوله: (وتبعه كسبه) إلى هنا ليس في (ظ).

(٢) من قوله: (مع الورثة أربعة أعبد) إلى هنا ليس في (أ).

(٣) في (أ): (عبدين) دون واو.

(٤) انظر: «الوجيز» (٧/ ١٥٥) وما بعدها.

(٥) من قوله: (كما لو اكتسب في الحياة) إلى هنا ليس في (ظ).

(٦) في (ظ): (بل تزيد).

والفرق: أنه استحق العتق بموت الموصي استحقاقاً مستقراً والموصى غير مستقر، بل الموصى له بالخيار بين الرد والقبول، وإذا زادت قيمة من نجز إعتاقه كانت الزيادة كالكسب، فمن خرجت له قرعة العتق تبعته الزيادة غير محسوبةٍ عليه.

وكذا[1] لو كان فيمن أعتقهم جارية فولدت قبل موت المعتق، فالولد كالكسب، فإذا خرجت القرعة لها تبعها الولد غير محسوب من الثلث.

وإن خرجت لغير الذي زادت قيمته أو التي ولدت وقع الدور، فلو أعتق ثلاثة أعبد لا مال له غيرهم، قيمة كل واحد منهم مئة، فبلغت قيمة أحدهم مئتين، فهو كما لو اكتسب أحدهم مئة.

ولو أعتق جاريتين قيمة كلّ واحدة[2] مئة، فولدت إحداهما ولداً، قيمته مئة، فهو كما لو اكتسب إحداهما مئة، فإن خرجت القرعة للتي لم تلد عتقت، ورقت الوالدة وولدها وهما ضعف ما أعتقنا[3].

وإن خرجت للوالدة، عتق منها شيء وتبعها من الولد مثله، يبقى مع الورثة ثلاثمئة سوى شيئين تعدل ضعف ما أعتقنا محسوباً وهو شيئان، فبعد الجبر تعدل ثلاثمئة أربعة أشياء، فالشيء ربع الثلاثمئة وربع الثلاثمئة ثلاثة أرباع المئة، فعرفنا أنه عتق منها ثلاثة أرباعها، وتبعها ثلاثة أرباع الولد[4] يبقى مع الورثة ربعها، وربع الولد والجارية الأخرى، وجملة ذلك مئة وخمسون ضعف ما عتق منها.

---

(١) في (ظ): (بل تزيد).

(٢) قوله: (واحدة) ليس في (أ).

(٣) في (ظ): (أعتقا).

(٤) من قوله: (فعرفنا أنه عتق) إلى هنا ليس في (ز).

وفُـرِّعَ على هذا الأصل: أنه لو قال لجارية له حامل ـ في مرض موته ـ: «أنت حرة، أو ما في بطنك»، فولدت لما دون ستة أشهر من يوم الإعتاق، ولم يتفق تعيين، فيقرع بينهما، فإن خرجت[1] للولد عتق دون الأم، فإن لم يف الثلث به عتق منه بقدر الثلث، وإن خرجت للأم عتقت وتبعها الولد إن وفى بهما الثلث، وإلا فيعتق منها شيء ويتبعها من الولد شيء.

وطريق الاستخراج[2] ما ذكرنا فيما إذا أعتق عبداً واحداً فاكتسب[3]، في باب الوصايا.

وتقويم الولد إنما يكون في يوم الولادة، وهذا الذي ذكرناه فيما إذا ولدت الجارية قبل موت المعتق، فإن ولدت بعد موته، نظر: إن ولدت لأكثر من ستة أشهر من يوم الموت، فالولد كالكسب الحاصل بعد موته، وإن خرجت القرعة للوالدة عتقت وتبعها الولد، وإن خرجت لغير الوالدة عتقت، ولا تعاد القرعة للولد؛ لأنه حدث على ملك الورثة، وإن ولدت لأقل من ستة أشهر، فهل يحسب على الوارث حتى تعاد القرعة؟

قال صاحب «التهذيب»[4]: ينبني هذا[5] على أنّ الحمل هل يعرف؟ إن قلنا: لا، فهو كالحادث بعد الموت، فلا تعاد، وإن قلنا: نعم، فكالحادث بعده فتعاد.

---

(١) في (ظ): (فإن خرجت القرعة).

(٢) في (أ): (استخراج).

(٣) في (ز) و(ظ): (واكتسب).

(٤) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٣٨٥).

(٥) قوله: (هذا) ليس في (ج) و(ظ).

وأطلق الصيدلاني حكاية وجهين: في أنه إذا ولدت الجارية بعد الموت، هل يحسب الولد على الورثة في الثلثين؟ ولو نقصت قيمة من نجز عتقه قبل موت المعتق، فإن كان النقصان فيمن خرجت له قرعة العتق فهو محسوب عليه؛ لأنه محكوم بعتقه من يوم الإعتاق، وإن كان[١] فيمن رق فلا يحسب على الورثة إذا لم يحصل لهم إلا الناقص، فلو أعتق عبداً لا مال له غيره قيمته مئة، فرجع إلى خمسين فقد ذكرنا طريق استخراجه في الوصايا.

وبإيراد آخر نقول: عتق منه شيء ورجع إلى نصف شيء فبقي خمسون ناقصة بنصف شيء يعدل ضعف ما عتق وهو شيئان، فبعد الجبر يعدل خمسون وشيئين[٢] ونصف شيء، فعرفنا أنه يعتق منه خمسة؛ لأن النصف من شيئين، ونصف خمس، وإن كان[٣] قيمته يوم الإعتاق عشرين فعاد[٤] إلى عشرة، وبقي للورثة أربعة أخماسه، وقيمته يوم الموت أربعون، وهي ضعف ما عتق.

ولو أعتق ثلاثة أعبد قيمة كل واحد[٥] مئة، فعادت قيمة أحدهم إلى خمسين، فإن خرجت القرعة للذي انتقصت[٦] قيمته عتق، ولا يعتق من الآخرين شيء؛ لأنه كانت قيمته يوم الإعتاق مئة فينبغي أن يبقى للورثة ضعفها، وإن خرجت لأحد الآخرين عتق منه خمسة أسداسه، وهي بالقيمة ثلاثة وثمانون وثلث، ويبقى للورثة سدسه، والعبد الآخر، والذي نقصت قيمته، وجملتها مئة وستة وستون، وثلثان، وهي ضعف

(١) في (ظ): (كانت).

(٢) في (ظ) و(ز) و(ي): (شيئين).

(٣) في (ز): (وكانت)، وفي (ظ): (وكان).

(٤) في (ز): (فعادت).

(٥) في (ز): (واحد منهم).

(٦) في (أ) و(ي): (انتقصى)، وفي (ظ): (انتقص).

ما عتق، وإنما كان كذلك؛ لما ذكرنا أن المحسوب على الورثة الباقي بعد النقصان، وهو مئتان وخمسون.

ولو أعتق عبدين قيمة كل واحد منهما مئة، ولا مال له سواهما، فعادت قيمة أحدهما إلى خمسين، فإن خرجت القرعة للذي لم تنقص قيمته عتق نصفه، وبقي للورثة نصفه، والعبد الآخر، وهما ضعف ما عتق، وإن خرجت للذي انتقص وقع الدور؛ لأنا نحتاج إلى إعتاق شيء[1] بعضه معتبراً بيوم الإعتاق، وإلى إبقاء ضعفه للورثة معتبراً بيوم الموت، وطريقه أن يقال: عتق منه شيء، وعاد إلى نصفه فبقي للورثة مئة وخمسون سوى نصف شيء وذلك يعدل ضعف ما أعتقنا، وضعف ما أعتقنا[2] شيئان، فبعد الجبر تعدل: مئة وخمسون شيئين ونصف شيء، والشيء من شيئين، ونصف خمساه، وخمسا مئة وخمسين، ستون، فعلمنا أنه عتق من العبد يوم الإعتاق ستون، وعاد هذا المبلغ إلى ثلثين، يبقى للورثة خمسا هذا العبد وهو عشرون، والعبد الآخر وهو مئة، والمئة والعشرون ضعف الستين.

وإن حدث[3] النقصان بعد موت المعتق، وقبل الإقراع، فهل يحسب النقصان على الورثة؟ قال في «التهذيب»[4] إن كان الوارث مقصور اليد عن التركة لم تحتسب[5] عليه كما في حال الحياة، وإلا فوجهان، أصحهما: أنها تحسب عليه، وهذا كالخلاف الذي مر فيما إذا مات بعضهم.

---

(١) قوله: (شيء) ليس في (ي) و(ز).

(٢) قوله: (وضعف ما أعتقنا) ليس في (ظ).

(٣) في (ج) و(ز): (حصل).

(٤) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٣٨٦).

(٥) في (ظ): (تحسب).

قال:

(وأسهلُ طرقِ القُرعةِ إذا كانوا ثلاثة، أن يكتبَ الرِّقُّ على رقعتَينِ والحريةُ على رقعة، وتُدرَجُ[١] في بنادقَ متساوية، وتُعطى صبيّاً حتى يُعطيَ كلَّ عبدٍ[٢] واحدة، ولا يَتعيُنَّ الكاغِد، بل يجوزُ بالخَشبِ والنَّوى، ولا يجوزُ بشيءٍ آخرَ فيه خطرٌ؛ كقولِهم: إن طارَ غرابٌ[٣] ففلانٌ يتعيُنَّ[٤] للحُرِّيّة).

الطرف الثاني، وفيه فصلان:

الفصل الأول[٥]: في كيفية القرعة، والتجزئة التي تترتب عليها القرعة، وفيه فصلان:

الأول: في كيفية القرعة، وقد مرَّ في باب القسمة[٦] أن للقرعة طريقين:

أحدهما: أن يكتب أسماء العبيد في رقاع ثم يخرج على الرق والحرية.

والثاني: أن يكتب في الرقاع الرق[٧] والحرية، ويخرج على[٨] أسماء العبيد.

---

(١) في (ز): (ويجعل).

(٢) في (ز): (كل واحد منهم واحدة واحدة).

(٣) في (ظ): (الغراب).

(٤) في (ز): (ففلانٌ متعين).

(٥) لا يوجد هناك فصل ثانٍ، ولعلّ الصواب أن العبارة: «الطرف الثاني: في كيفية القرعة، والتجزئة التي تترتب عليها القرعة، وفيه فصلان ...». (م ع).

(٦) انظر: «الوجيز» (٢/ ٢٤٧)، وما سلف (٢١/ ٤٨١- ٤٨٢) وما بعدها.

(٧) قوله: (الرق) ليس في (ز).

(٨) قوله: (على) ليس في (ز).

وذكرنا أن من الأصحاب رحمهم الله من أثبت قولين في أنه يقرع بالطريق الأول أو الثاني، وأن في كون ذلك الخلاف في الجواز أو الأولوية؟ خلافاً آخر، وأنَّ عامتهم ذهبوا إلى أن في العتق يسلك ما شاء من الطريقين، ولفظ الشافعي رضي الله عنه في «المختصر»[١] يدل عليه، وإثبات الأسماء والإخراج على الرق والحرية أقصر[٢]؛ لأن إثبات الرق والحرية والإخراج على الأسماء[٣] قد يحُوِجُ إلى إعادة القرعة مرة أخرى، كما سنفصل.

واستحب الشافعي على الطريقين: أن تكون الرقاع صغاراً؛ لتكون أخفى، وأن تكون متساوية، وأن تدرج في بنادق، وتجعل في حِجرْ من لم يحضر هناك، على ما بينا في القسمة، وأن تغطى بثوب، ويدخل من يخرجها اليد[٤] تحته؛ وكل ذلك ليكون أبعد عن التهمة.

ولا تتعيّن الرّقاع، بل تجوز القُرعة بأقلام متساوية وبالنوى والبعر، وقد روي «أنه ﷺ أقرع في قسمة بعض الغنائم بالبعر»، و«أنه أقرع مرة بالنوى»[٥].

وذكر الصيدلاني رحمه الله: أنه لا يجوز أن يقرع بأشياء مختلفة كدواة وقلم وحصاةٍ، وقد يتوقف في هذا؛ لأن المخرج إذا لم يعلم ما اختاره كل واحد منهم، لا يظهر فيه حيفٌ.

---

(١) انظر: «المختصر» ص٣٢٠، وانظر: «الحاوي» (٢٢/ ٤٦).

(٢) في المطبوع من كتاب «العزيز» (١٣/ ٣٥٨): «أخصر». (م ع).

(٣) من قوله: (والإخراج على الرق والحرية أقصر) إلى هنا ليس في (ز).

(٤) في (أ): (من اليد).

(٥) قال ابن الصّلاح على «مشكل الوسيط» (٧/ ٤٧٧): «وقد أقرع رسول الله ﷺ في المغانم مرّة بالنوى ومرّة بالبعر. لا أعرف له صحة، والله أعلم». وقال ابن حجر في «التلخيص» (٤/ ٢١٢) «قوله: روي «أنه ﷺ أقرع في قسمة بعض الغنائم بالبعر»، وروي «أنَّه أقرع مرّة بالنوى». قال ابن الصلاح في كلامه عن «الوسيط»: ليس لهذا صحة».

ويدل عليه ما ذكر الإمام[١]: أن الغرض تحكيم[٢] القرعة على وجه[٣] لا يبقى فيه خيال الخيانة والمواطأة، ولسنا نضبط وجهاً من القرعة، ولذلك قال الشافعي: «أحبُّ القرعة إليَّ وأبعدها من الحيف[٤]: رقاع صغارٌ...» إلى آخره.

ولا يجوز الإعراض عن القرعة أصلاً والتمييز بطريق آخر[٥] بأن يتفقوا على «أنه إن طار غـراب، ففلان حـرٌّ»، أو «أنّ من وضع عليه صبي يده فهو حـرٌّ»، أو أن يراجع شخص لا غرض له في تعيين عبد للرق أو للعتق[٦]، بل يتبع ما ورد به الخبر. وللإمام[٧] هاهنا بحثان:

أحدهما: إذا كنا نعتق عبداً ونرقّ[٨] عبدين، ورأينا إثبات الرق والحرية، فقد قال الأصحاب رحمهم الله: يثبت الرق في رقعتين والحرية في رقعة على نسبة المطلوب في القلة والكثرة، فأيما يكثر[٩] فهو أحرى؛ لسبق[١٠] اليد إليه.

وفي كلامهم ما يدل على استحقاق ذلك، ومنهم من عده احتياطاً، وقال: تكفي رقعة للرق وأخرى للحرية.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٢٣٠).

(٢) في (أ): (تحكم).

(٣) في (ظ): (وجهين).

(٤) في (أ) و(ي) و(ج): (التجيف).

(٥) انظر: «المختصر» ص٣٢٠.

(٦) في (أ): (الرق والعتق).

(٧) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٢٣١-٢٣٢).

(٨) في (ظ): (آخرين).

(٩) في (ي) و(ز) و(ظ): (فإن ما).

(١٠) في (ز): (بسبق).

ثم إذا أخرجنا[١] واحدة باسم أحدهم وخرجت رقعة الحرية انفصل الأمر، وإن خرجت رقعة الرق احتجنا إلى إدراجها في البندقة مرة أخرى.

والثاني: قال: إذا أثبتنا الرق والحرية فقال المخرج: «أخرج على اسم هذا»، ونازعه الآخرون، وقالوا: «أخرج على أسمائنا»، أو أثبتنا الأسماء وقال[٢] المخرج: «أخرج على الحرية»، وقالوا: «أخرج على الرق»، أو تنازع الورثة والعبيد[٣]، فقال الورثة: «أخرج على الرق»، وقال العبيد[٤]: «على الحرية[٥]»، فهذا لم يتعرض له الأصحاب. وفيه احتمالان إن أثبت الرق والحرية:

أحدهما: أن يقرع بين العبد أولاً حتى يتعين من يعرض على الرق والحرية، فإذا تعين واحد أخرجت رقعة على اسمه.

والثاني: إن أثبت الحرية على رقعةٍ والرق على رقعتين، ويعطى المخرج كل عبد رقعة.

وقد سبق في باب القسمة: أن تعيين من يبتدأ به من الشركاء والأجزاء منوط بنظر القسام، فيمكن أن يناط هاهنا أيضاً بنظر من يتولى الإقراع من قاض أو وصي، حتى يبتدئ بمن شاء، ولا يلتفت إلى مضايقاتهم[٦].

وقوله في الكتاب: (وأسهل طرق القرعة) إلى قوله: (حتى يعطي كل عبد واحداً)، كأنه يعني به أن إثبات الرق والحرية، وتسليم رقعة إلى كل واحد، أدفع

---

(١) في (ي): (أخرجت).

(٢) في (ظ): (وقالوا)، وهو خطأ.

(٣) في (أ): (والعبد).

(٤) في (أ) و(ظ): (العبد).

(٥) في (ز): (أخرج على الحُرّية).

(٦) في (ظ): (مقايضاتهم).

للمنازعة في البداية، وهذا الاحتمال الثاني ذكره[١] الإمام[٢] رحمه الله، وإلا فقد بينا أن[٣] إثبات الأسماء والإخراج على الرق، والحرية أفضى[٤] وأيسر، وإعطاء كل عبد رقعة ليس بشرط في الإقراع، بل[٥] يكفي الإخراج بأسمائهم وأعيانهم.

ويمكن أن يعلم قوله: (وأسهل طرق القرعة) بالواو؛ إشارة إلى قول من أثبت الخلاف في أنَّ الطريق هذا أو هذا، فإن من عين طريقاً لا يجعل للقرعة طريقين أو طرقاً حتى يكون أحدهما أسهل.

وقوله: (لا يجوز بشيء آخر فيه خطر)، لم يقل: «بشيء فيه خطر»؛ إشارة إلى أن في إخراج القرعة خطراً أيضاً، لكن الشرع عينها، فلا مَعْدِلَ عنها إلى غيرها.

* * *

---

(١) في (ز): «الثاني الذي ذكره». (م ع).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٢٣١).

(٣) قوله: (أن) ليس في (أ).

(٤) في (ز): «أقصر». (م ع).

(٥) في (أ): (بلى).

قال:

(أما كيفيّةُ التَّجزئة، فسَهلٌ إذا أمكنَ تجزئتُهم بثلاثةِ أجزاءَ متساويةٍ في القيمة، ولا بأسَ إن لم يتساوَ عددُهم، بل يُجبَرُ الخسيسُ بالنّفيس، فإن لم يمكن، كما لو[١] كانوا ثمانيةَ أعبد، قيمةُ كلِّ واحدٍ مئة، ففي قول: يَجبُ تجزئتُهم بثلاثةِ أجزاءَ بحيثُ يَقرب[٢] من الثلث[٣] في القيمة، فيُجَزَّؤونَ إلى ثلاثة، وثلاثةٍ واثنين، فإن خَرَجَ على ثلاثةٍ انحصرَ العِتقُ فيهم، ثم يُقرَعُ بينَهم بسهمِ رقٍّ وسهمَي عتق، فمن خَرَجَ له الرِّقُّ رقَّ ثلثُه، ليرجِعَ كلُّ العتق إلى قدر الثُّلث، وإن[٤] خَرَجَ على الاثنَين عتَقا ثم يُعادُ بينَ السِّتّةِ إلى أن يَخرجَ العتقُ لواحد، فَيرِقّ ثلثُه، ويَعتقِ ثلثاه[٥]. والقولُ الثاني[٦]: إن التَّثليثَ لا يَجِب، بل تجوزُ القُرعةُ عليهم كيفَ اتَّفقَ إلى أن يُؤدِّيَ إلى المقصود. وقيل: هذا الخلافُ في الاستحبابِ لا في الاستحقاق).

الفصل الثاني: في كيفية تجزئة العبيد:

---

(١) في (أ): (كما إذا).

(٢) في (ظ): (يقربون).

(٣) في (أ): (التثليث).

(٤) في (ظ): (فإن).

(٥) في (ظ): (ثلثه).

(٦) قوله: (الثاني) ليس في (ز) و(ج).

وتـجزئتهم تقع بحسب الحاجة، فلو أعتق عبدين لا مال له سواهما، أقرع بينهما بإثبات اسمهما في رقعتين وإخراج إحداهما على الحرية أو الرق، أو بإثبات الرق والحرية[١] في رقعتين على اسميهما، ثم إن استوت قيمتهما، فمن خرج له سهم الحرية عتق ثلثاه ورق باقيه والآخر، وإن اختلفت قيمتهما كمئة ومئتين، فإن خرج سهم الحرية للذي قيمته مئة عتق، ورق الآخر، وإن خرج للآخر عتق نصفه ورق باقيه والأول.

وإذا اختصرت قلت: من خرج له سهم الحرية عتق منه قدر الثلث، فإن كان الثلث أكثر منه تمم من الثاني.

وإن أعتق جماعة من العبيد لا مال له[٢] سواهم، وأردنا القرعة، فإن كانوا ثلاثة واستوت قيمتهم، فإن شئنا كتبنا أسماءهم وقلنا للمخرج: «أخرج رقعة على الحرية»، فمن خرج اسمه عتق، أو قلنا: أخرج على الرق حتى يتعين الأخير[٣] للحرية، والإخراج على الحرية أولى؛ لأنه أقرب إلى فصل الأمر.

وإن شئنا كتبنا على الرقاع الرق في رقعتين، والحرية في رقعة، وقلنا: «أخرج على اسم سالم»، أو أشرنا إلى عينه، وقلنا: «على[٤] اسم هذا»، فإن خرج سهم الحرية عتق، ورُقّ الآخران، وإن خرج سهم الرق رق وأمرنا بإخراج رقعة أخرى على اسم غانم، فإن خرج سهم الحرية عتق ورق الثالث، وإن خرج سهم الرق فبالعكس.

وإن اختلفت قيمتهم كمئة ومئتين وثلاثمئة فإما أن تُكتَبَ أسماؤهم، فإن خرج اسم الأول عتق، وأمرنا بإخراج رقعة أخرى، فإن خرج اسم الثاني عتق نصفه، وإن

(١) في (ج): (والإخراج).
(٢) في (أ): (لهم)، وهو خطأ.
(٣) في (أ): (في الأخير الحرية)، وفي (ظ): (الآخر).
(٤) في (ي): (أخرج على).

خرج اسم الثالث عتق ثلثه، وإن خرج أولاً اسم الثاني عتق ورق الآخران، وإن خرج اسم الثالث[١] عتق ثلثاه ورق باقيه والآخران.

وإما أن يكتب الرق في رقعتين والحرية في رقعة، ويخرج على أسمائهم.

وإن كانوا أكثر من ثلاثة، فإن أمكن تسوية الأجزاء عدداً وقيمة كستةٍ وتسعةٍ واثني عشر، قيمتهم متساوية جزأناهم ثلاثة أجزاء[٢] وصنعنا صنيعنا[٣] في الثلاثة المتساوية القيم.

وكذلك الحكم في ستة، ثلاثة منهم قيمة كل واحد منهم مئة وثلاثة قيمة كل واحدٍ منهم خمسون، فنضم إلى كل نفيس خسيساً، ونجعلهم ثلاثة أجزاء وفي ستة اثنان[٤] قيمة كل واحد منهم ثلاثمئة، واثنان قيمة كل واحد منهم مئتان، واثنان[٥] قيمة كل واحد مئة، فنجعل للذين قيمتهما أربع مئة جزءاً، ونضم[٦] كل واحد من النفيسين إلى واحد من الخسيسين فتستوي الأجزاء عدداً وقيمةً، وإن لم يمكن التسوية بالعدد، وتيسرت بالقيمة كخمسة قيمة أحدهم مئة وقيمة اثنين مئة وقيمة اثنين مئة جزأناهم كذلك، وأقرعنا، وإن أمكن التسوية بالعدد دون القيمة كستة قيمة أحدهم مئة وقيمة اثنين مئة وقيمة ثلاثة مئة فكيف يُعدلون؟ فيه وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد والعراقيون رحمهم الله:

---

(١) من قوله: (عتق ثلثه وإن خرج أولًا) إلى هنا ليس في (ي).
(٢) قوله: (ثلاثة أجزاء) ليس في (ي).
(٣) في (ظ): (صنعاً).
(٤) في (ز): (اثنان منهم).
(٥) من قوله: (قيمة كل واحد) إلى هنا ليس في (ظ).
(٦) في (ي) و(ظ): (إلى كلّ).

أصحهما ـ وينسب إلى النص ـ: أنهم يجزّؤون واحداً واثنين وثلاثة، ويقرع بينهم كما ذكرنا.

والثاني: يجزّؤون بالعدد؛ اتباعاً لفعل(١) النبي ﷺ في حديث عمران بن حصين(٢) رضي الله عنه.

وعلى هذا، فيجعل اللذان قيمتهما مئة جزءاً والذي قيمته مئة(٣) مع واحد من الثلاثة الباقين جزءاً، والباقيان من الثلاثة جزءاً، ويقرع بينهم(٤)، فإن خرجت القرعة للذين قيمتهما مئة عتقا ورق الباقون، وإن خرجت على الذين قيمة أحدهما مئة وقيمة الآخر ثلث المئة، أعيدت القرعة بينهما، فإن خرجت للذي قيمته مئة عتق ورق الآخر، وإن خرجت للآخر عتق ورق(٥) من الأول ثلثاه؛ لانحصار العتق فيهما، وإن خرجت للذين قيمتهما ثلثا(٦) المئة عتقا، وأعيدت القرعة بين الجزأين الآخرين(٧)، فإن خرجت على اللذين قيمتهما مئة أعيدت القرعة بينهما، فأيهما خرجت عليه عتق ثلثاه، وإن خرجت على اللذين قيمتهما مئة وثلث أُعيدتْ بينهما، فإن خرجت على الذي قيمته ثلث المئة عتق جميعه، وإن خرجت على الآخر عتق جميعه، وهذا تطويل بلا فائدة.

---

(١) في (ي): (القول).

(٢) الحديث هو: ما روي عن عمران بن حصين رضي الله عنه: «أنّ رجلًا أعتق ستة مملوكين له عند موته، لم يكن له مالٌ غيرهم، فدعاهم رسول الله ﷺ، فجزّأهم ثلاثاً ثم أقرع بينهم، فأعتق اثنين وأرقَّ أربعة». وقد سلف في باب القسمة (١١/ ٥٢٢).

(٣) قوله: (جزءاً والذي قيمته مئة) ليس في (ظ).

(٤) قوله: (بينهم) ليس في (ظ).

(٥) في (أ) و(ز): (وعتق)، وهو خطأ بيّن.

(٦) في (ظ): (ثلاثمئة).

(٧) قوله: (الآخرين) ليس في (ظ).

وفي حديث عمران رضي الله عنه: أنه إن كانت[١] قيمتهم متساوية، وإذا لم تكن[٢] التسوية بالعدد ولا قيمة، كثمانية أَعْبُدٍ قيمتهم متساوية، ففيه قولان:

أصحهما: أنهم يجزؤون بثلاثة أجزاء بحيث يقرب من الثلث[٣]؛ لأن ذلك أقرب إلى فعل رسول الله ﷺ، فيجزؤون ثلاثة وثلاثة واثنين، ويقرع بينهم، فإن خرج سهم العتق على ثلاثة رق غيرهم، وانحصر العتق فيهم، ثم يقرع بينهم[٤] بسهمي عتق وسهم رقٍّ فمن خرج له الرق، رق ثلثه وعتق ثلثاه مع الآخرين وذلك تمام الثلث، وإن خرج سهم العتق على اثنين عتقا، ثم تعاد القرعة بين الستة ويجعل لكل اثنين جزءاً، فإذا خرج سهم العتق باسم اثنين أعدنا القرعة بينهما، فمن خرج له سهم العتق عتق ثلثاه[٥]، وهذا إذا كتبنا في الرقاع الرق والحرية، وإن كتبنا الأسماء فإذا خرج اسم اثنين وعتقا لم تعد القرعة بين الستة، بل يخرج رقعة أخرى ثم يقرع بين الثلاثة المسمين[٦] فيها، فمن خرج له سهم العتق عتق ثلثه[٧]، ولا يجوز على هذا القول أن يجزئهم أربعة، واثنين؛ لبعد هذه التجزئة عن التثليث.

والقول الثاني: أنا لا نراعي التثليث، بل نراعي[٨] ما هو أقرب إلى فصل الأمر، فيجوز أن تكتب أسماؤهم في ثمان رقاع، ويخرج واحدة بعد واحدة إلى أن يتم الثلث.

---

(١) في (أ): (إن كان)، وفي (ي): (أنه كانت)، وفي (ظ): (إن كانت).

(٢) في (أ): (يمكن).

(٣) في (أ): (التثليث).

(٤) من قوله: (فإن خرج سهم العتق) إلى هنا ليس في (ظ).

(٥) من قوله: (مع الآخرين) إلى هنا ليس في (ز).

(٦) في (أ): (المسميين).

(٧) في (أ): (ثلثاه).

(٨) قوله: (التثليث، بل نراعي) ليس في (أ).

ويجوز أن يجعلوا أرباعاً، ثم إن شئنا أثبتنا اسم كل اثنين في رقعة، فإذا أخرجنا واحدة على الحرية عتقا، ثم يخرج رقعة أخرى ويقرع بين الاثنين اللذين اسمهما فيها، فمن خرجت له القرعة عتق ثلثاه، وإن أثبتنا الرقَّ والحرية أثبتنا العتق في واحدة والرق في ثلاث، فإذا خرجت رقعة الحرية لاثنين عتقا، ويعيد القرعة بين الستة، فإذا خرجت الحرية لاثنين آخرين، أقرعنا بينهما كما سبق.

ولا يبعد أن يجوز على هذا إثبات العتق في رقعتين والرق في رقعتين، ويعتق الاثنان اللذان خرجت لهما رقعة العتق أولاً، ويقرع بين الاثنين الذين تخرج لهما رقعة العتق الثانية.

وإن كان العبيد سبعة: فعلى القول الأول: نجزِّئهم ثلاثة واثنين واثنين. وعلى القول[1] الثاني: نجزيء كيف شئنا إلى أن يستوفى الثلث[2].

وإن كانوا أربعة قيمتهم متساوية؛ فعلى القول الأول: نجزِّئهم اثنين وواحداً وواحداً، فإن خرج سهم الحرية لأحد الواحدين، عتق ثم يعيد القرعة بين الثلاثة، فمن خرج له سهم الحرية عتق ثلثه، وإن خرج للاثنين أقرعنا بينهما، فمن خرج له سهم الحرية عتقَ كُلهُ ومن الآخر ثلثه. وهذا على تقدير إثبات الرق والحرية في الرقاع. وعلى القول الثاني: لنا أن يثبت اسم كل واحد في رقعة ويخرج باسم الحرية، فمن خرج اسمه أولاً عتق، ومن خرج اسمه ثانياً عتق ثلثه.

وإن كانوا خمسة قيمتهم متساوية؛ فعلى الأول: نجزِّئهم اثنين اثنين وواحداً. وعلى الثاني: لنا إثبات أسمائهم في خمس رقاع.

---

(١) لفظة (القول) ليست في (ي).

(٢) في (ز): (الثلاث).

ثم القولان في الإنجاب[١] والاستحقاق، أم في الاحتياط والاستحباب؟ حكى الإمام[٢] عن القاضي رحمهما الله: أن الخلاف في الاستحباب وكل منهما جائز، وهذا ما اختاره.

وعن الصيدلاني: أنه في الاستحقاق[٣]، وهذا ما يوافق إيراد الأكثرين، وهو قضية نظم الكتاب، فإنه حكى القولين في أنه هل يجب (تجزئتهم بثلاثة أجزاء؟)، ثم قال: (وقيل وهذا الخلاف في الاستحباب).

وإذا أعتق عبداً من عبيده[٤] على الإبهام، فقد يحتاج إلى تجزئتهم بأربعة أجزاء وخمسة وأكثر، فيجزّؤون بحسب الحاجة.

وكذلك لو كان على المعتق دين، على ما سنذكره على الأثر إن شاء الله تعالى.

* * *

(١) في (ي): (الاستحباب).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٢٣٣).

(٣) من قوله: (وهذا ما اختاره) إلى هنا ليس في (ظ).

(٤) في (أ) و(ي): (عبيد).

قال رحمه الله:

(فروع:

الأول: إذا كانَ عليه دينٌ بقَدرِ ربعِ التَّرِكة، ولا مالَ له إلا عبيدٌ قد أعتقَهم، فيُجَزّأ العبيدُ أربعةَ أجزاءٍ ويُقرَعُ للدَّينِ والتَّركة، فإذا خَرَجَ على جزءٍ سهمِ الدَّينِ[١] يَبيعُ أوّلًا في الدَّين، وقدرُ الباقي كأنه كلُّ المالِ فيُقرَعُ لإعتاقِ الثُّلثِ منه، ولا يجوزُ أن يُقرَعَ دفعةً واحدةً للدَّينِ والتَّركةِ والعتق؛ لأنه ربما يَسبِقُ قرعةَ العتق، ولا يُمكنُ تنفيذُه قبلَ قضاءِ الدَّين. وقيل: إنه يَجوز، ثم يتَوقَّفُ العِتقُ على القَضاء، فإذا دفَعنا بعضَ العتقِ لأجلِ الدَّينِ فظهَرَ للمَيِّتِ دفين، تبيَّنا نفوذَ العتق).

إذا أعتق في مرض موته عبيداً لا مال له غيرهم، ومات وعليه دين، نظر: إن كان الدين يستغرقهم، فالدين مقدم على العتق؛ لأن العتق[٢] وصية، والدين يتقدم على الوصية، وأيضاً: فحق الورثة في الثلثين مقدم على العتق، والدين مقدم على حق الورثة، فأولى أن يتقدم على العتق، فيباعون وتصرف أثمانهم إلى الدين[٣]، وإن كان الدين[٤]، لا يستغرقهم، ويحيط ببعضهم، فيقرع بين الدين والتركة؛ ليصرف العتق عما يتعين للدين، فإن[٥]

---

(١) في (ز): (الذي).

(٢) قوله: (لأن العنف) ليس في (ي).

(٣) في (ز): (الديون).

(٤) قوله: (الدين) ليس في (أ) و(ي).

(٥) في (أ): (وإن).

كان الدين بقدر نصفهم جعلناهم جزأين وأقرعنا[١] بينهما بسهم دين، وسهم تركة، ثم إن شئنا كتبنا اسم كل جزء في رقعة وأخرجنا رقعة الدين أو التركة، وإن شئنا كتبنا الدين في رقعة والتركة في أخرى وأخرجنا إحداهما على أحد الجزأين، وإن كان الدين بقدر ثلثهم جزأناهم ثلاثة[٢] أجزاء وأقرعنا بينهم بسهم دين وسهمي تركة، وإن كان بقدر الربع جزأناهم أربعة[٣] أجزاء وأقرعنا بينهم بسهم دين وثلاثة أسهم تركة.

وهل يجوز أن يقرع للدين والعتق والتركة؟ بأن يقرع والصورة هذه بسهم دين وسهم عتق وسهمي تركة، أو يجزئهم والدين بقدر النصف ستة أجزاء، ويقرع بثلاثة أسهم بينهم للدين، وسهم للعتق وسهمين للتركة؟ فيه وجهان:

أصحهما ـ وهو المنصوص ـ: لا؛ لأنه لا يمكن تنفيذ العتق قبل قضاء الدين. ولو تلف المعين[٤] للدين قبل قضائه، انعكس الدين على الباقي من التركة، وكما لا يقسم[٥] شيء[٦] على الورثة قبل قضاء الدين، لا يعتق قبله.

والثاني: يجوز؛ لأن العمل فيه أخف، ولا يتنقص[٧] به حق ذي حق. وعلى هذا، فالذي نقله في الكتاب: أنا نتوقف في تنفيذ العتق إلى أن يقضي الدين.

---

(١) في (أ): (فأقرعنا).

(٢) في (ز): (أربعة)، وفي (ظ): (بثلاثة).

(٣) في (ظ): (بأربعة).

(٤) في (أ): (المعتق).

(٥) في (ظ): (وكما يقسم).

(٦) قوله: (شيء) ليس في (ز).

(٧) في (ي): (ينقص).

وفي «التهذيب»[١]: ما يقتضي الحكم بالعتق في الحال، فإنه قال فيما إذا كان[٢] العبيد ثلاثة متساوين في القيمة، والدين بقدر قيمة أحدهم، على هذا الوجه: يقرع بينهم بسهم دين، وسهم عتق، وسهم تركة، فمن خرج عليه سهم الدين بيع فيه، ومن خرج عليه سهم العتق عتق ثلثاه، ورقَّ ثلثه مع الثالث.

وذكر الصيدلاني رحمه الله: أن[٣] الوجهين مبنيان على قولين سنذكرهما فيما إذا أعتقنا ثلث العبيد بالقرعة ولا دين، ثم ظهر دين غير[٤] مستغرق، هل يبطل أصل القرعة؟ إن قلنا: نعم، فلا يجوز أن يقرع للعتق، ولم يحصل قضاء الدين. وإن قلنا: لا، فلا بأس بالجمع[٥]. وإذا قلنا بالوجه الأصح، فإذا تعين بعضهم للدين، يباع ويقضى منه الدين، ثم يقرع للعتق وحق الورثة.

ولو قال الورثة: «نقضي الدين من موضع آخر، ونمضي العتق في الجميع»، فهل ينفذ العتق؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن الدين هو الذي كان يمنع النفوذ، فإذا سقط الدين بقضائهم من غير العبد وجب أن ينفذ، كما لو أسقط الورثة حقوقهم من ثلثي التركة، وأجازوا العتق في الجميع.

والثاني: لا؛ لأن تعلق الدين منع من نفوذه فلا ينقلب نافذاً بسقوطه، كما لو أعتق الراهن، وقلنا: لا ينفذ عتقه، فقال: «أنا أقضي الدين من غيره؛ لينفذ»، فإنه لا ينفذ إلا أن يبتدئ إعتاقاً.

---

(١) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٣٧٨). وفي (ظ): (وفي «المهذب»).

(٢) في (أ): (كانت).

(٣) قوله: (أن) ليس في (أ).

(٤) قوله: (غير) ليس في (ظ).

(٥) قوله: (بالجمع) ليس في (ظ).

وبني الوجهان على أن تصرف الورثة في التركة قبل قضاء الدين هل ينفذ؟

هذه[١] إحدى مسألتي الفصل.

والثانية: لو ظهر للميت دفين بعدما أعتقنا بعض العبيد الذين أعتقهم بالقرعة وأرقفنا البعض، فإن كان بحيث يخرج جميعهم من الثلث بأن كان الدفين مثلي قيمتهم فيحكم بعتقهم جميعاً ويدفع إليهم أكسابهم من يوم إعتاقهم ولا يرجع الوارث بما أنفق عليهم، كمن نكح امرأة نكاحاً فاسداً على ظن أنه صحيح، ثم فرق القاضي بينهما، لا يرجع الزوج بما أنفق.

وإن خرج من الثلث بعض من أرقفناهم أعتقناه بالقرعة، وذلك كما إذا أعتقنا واحداً من ثلاثة[٢]، ثم ظهر ما يخرج[٣] به عبد آخر من الثلث، يقرع[٤] بين اللذين أرقفناهما، فمن خرج له سهم الحرية عتق.

ولو أعتقنا بعض العبيد بالقرعة، ولم يكن عليه دينٌ ظاهر، ثم ظهر دين، نظر[٥]: إن كان مستغرقاً للتركة فالعتق باطل. فإن قال الورثة: «نحن نقضي الدين من موضعٍ آخر»، فعلى الوجهين السابقين.

واستبعد الشيخ رحمه الله بناءهما على الخلاف في تصرف الوارث في التركة قبل قضاء الدين. وقال هناك: الوارث يُنشئُ إعتاقاً من عنده، ولا يمضي ما صدر عن المورث، وإنما الخلاف مبني على أن إجازة الورثة للوصية بما زاد على الثلث، تنفيذ لما فعله المورثُ، أو ابتداء عطية من الورثة؟ إن قلنا تنفيذ، فلهم إمضاء عتقه بقضاء الدين

---

(١) قال النووي في «الروضة» (١٢/ ١٥١): «قلت: ينبغي أن يكون الأصح: نفوذ العتق. والله أعلم».

(٢) في (ز): (واحداً ثم ثلاثة).

(٣) في المطبوع من كتاب «العزيز» (١٣/ ٣٦٥): (مال يخرج). (م ع).

(٤) قوله: (يقرع) ليس في (أ).

(٥) قوله: (نظر) ليس في (ز).

من موضع آخـر. وإن قلنا: ابتداء عطية، فينبغي أن يقـضوا الدين أولاً ثم يبتـدئوا[١] إعتاقاً.

وإن كان الدين الذي ظهر غير مستغرق، فهل تبطل القرعة من أصلها؟ فيه وجهان، ويقال قولان:

أحدهما: نعم؛ لأن الدين مستحق كالعتق، وإن لم يكن الدين ظاهراً، فهو كما لو اقتسم شريكان، ثم ظهر لهم شريك ثالث. وعلى هذا، فيقرع الآن للدين والتركة، ولا يبالي بوقوع سهم الدين على من خرجت له قرعة العتق أولاً.

وأظهرهما[٢]: لا، ولكن إن تبرع الوارث بأداء الدين نفذ العتق، وإلا فيرد العتق بقدر الدين، فإن[٣] كان الدين نصف التركة، رددنا العتق في نصف من أعتقنا، وإن كان قدر ثلثها، رددناه في ثلثهم، فلو كان العبيد ستة متساوين في القيمة، وأعتقنا اثنين منهم[٤] بالقرعة، ثم ظهر دين بقدر قيمة عبدين، فنبيع[٥] من الأربعة عبدين للدين كيف اتفق؛ لأنه لا حق لهم في العتق، وإذا وهب الدين[٦] اثنان بقي أربعة وثلثهم عبد وثلث، فيقرع بين اللذين[٧] خرجت لهما[٨] قرعة الحرية بسهم عتق، وسهم رق، فمن خرج له سهم الرق، رق ثلثاه، وعتق ثلثه مع الآخر.

---

(١) في (أ): (يبتدأو).

(٢) انظر: «الروضة» (١٢/ ١٥٢).

(٣) قوله: (فإن) ليس في (ي).

(٤) قوله: (اثنين منهم) ليس في (ج).

(٥) في (ي): (فيبتاع).

(٦) في (ز): (ذهب للدين)، وفي (أ): (ذهب بالدين).

(٧) في (أ): (الدَّين).

(٨) في (أ): (لهم).

وإن ظهر الدَّين بقدر قيمة ثلاثة منهم، يقرع بين اللذين[1] كان قد خرج لهما سهم حرية، فمن خرج له سهم الحرية عتق ورقّ الآخر.

وإن كان العبيد أربعة وأعتقنا بالقرعة عبداً وثلثاً، ثم ظهر دين بقدر قيمة عبدٍ، وقلنا بالوجه الثاني: فيباع في الدَّين واحد من الذين أرققناهم، ويقرع بين اللذين أعتقنا، فإن خرجت للذي أعتقنا كله كان حراً، ورق الآخر، وإن خرجت للذي أعتقنا ثلثه فثلثه حرٌّ، ومن الآخر ثلثاه.

وذكر الصيدلاني رحمه الله: أن الخلاف في المسألة مبني على أن الورثة إذا اقتسموا ثم ظهر دين هل تنقص القسمة؟ وإذا اقتسموا مع العلم بالدين فالقسمة باطلة أو موقوفة؟

قال:

(الثاني: إذا أبهمَ العتقَ بينَ جاريتَين، فهل يكونُ الوَطءُ تعييناً للمُلكِ في الموطوءة؟ فيه وجهان، وفي اللَّمسِ[2] بالشَّهوةِ وجهانِ مُرتَّبان، والاستخدامُ لا يُعيِّنُ على الأصحّ).

إذا قال الرجل لعبيدٍ له: «أحدكم حرّ، أو اثنان حران، أو أعتقت أحدكم»، فإما أن يريد معيناً، أو يطلق اللفظ ولا يقصد معيناً.

الحالة الأولى: إذا أراد معيناً، فيؤمر بالبيان ويحبس عليه، فإن قال: «أردت هذا»، عتق[3]، ولغيره أن يدعي عليه: «أنك أردتني»، ويحلفه، فإن نكل السيد، فله أن يحلف ويعتقُ هو أيضاً باليمين المردودة.

---

(١) في (أ): (الدَّين).

(٢) في (أ): (المس).

(٣) قوله: (عتق) ليس في (ز).

ولو عين واحداً وقال: «أردت هذا»، ثم قال: «لا، بل هذا»، عتقا؛ مؤاخذة له بإقراره.

ولو قتل واحداً منهم، لم يكن ذلك بياناً، بل يبقى الأمر بالبيان، فإن قال: «أردت المقتول»، فعليه القصاص.

ولو جرى ذلك في إماء أو أمتين، ثم وطيء واحدة، لم يكن الوطء بياناً للعتق في غير الموطوءة، حتى لو بيَّن العتق فيها[1] تعلق به[2] الحد والمهر؛ لجهلها[3] بأنها العتيقة.

وإذا مات قبل البيان، ففيه طريقان:

أظهرهما: أنَّ وارثه يقوم مقامه، فإنه خليفته[4]، وربما ذكر ذلك له وأطلعه عليه.

والثاني: أن فيه قولين، كما في الحالة الثانية.

فإذا أقمناه مقامه، فبين الوارث أحدهم، عتق، ولغيره تحليفه على نفي العلم.

وإن لم يكن وارث، أو قال الوارث: «لا أعلم»، فالظاهر أنه يقرع بينهم؛ لأنه قد أشكل الحال، والقرعة تعمل في العتق.

وفيه وجهٌ أو قول: أنه لا يقرع؛ لأنه قد تخرج قرعة الرق على الحر، بل يوقف، وبهذا قال ابن أبي هريرة رحمه الله.

ولو قال المعتق: «نسيت من عينته»، فيؤمر بالتذكر. قال الإمام[5] رحمه الله: وفي الحبس والحالة هذه احتمال، والذي أطلقه الأصحاب رحمهم الله: أنه يحبس.

---

(١) في (ظ): (فيهما)، وهو خطأ.

(٢) قوله: (به) ليس في (ز).

(٣) في (ظ): (لجهلهما).

(٤) في (ظ): (خلفه).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٢٤٠).

وإن مات قبل التذكر، ففي بيان الورثة[1] والقرعة إذا قالوا: «لا نعلم ما مرّ»، وهكذا يكون الحكم لو سمى واحداً وأعتقه، ثم قال: «نسيت من سميته».

الحالة الثانية: إذا لم يرد معيناً فيؤمر بالتعيين، ويوقف عنهم إلى أن يبين، ويلزمه الإنفاق عليهم، فإذا عين أحدهم عتقَ، وليس لغيره أن ينازع فيه، مع تسليم أنه لم يقصد معيناً.

وإذا قال: «عينت هذا، لا[2]، بل هذا»، عتـقَ الأول، ولغَا قوله للثـاني؛ لأن التعيين حصل بالأول، بخلاف قوله: «عينت هذا، بل هذا»، فإنه إخبارٌ.

ثم العتق[3] في المعين، يحصل في الحال، أو يتبين حصوله من وقت اللفظ المبهم؟ فيه وجهان، سبق نظيرهما في الطلاق[4].

وقد يعبر عن هذا الخلاف، بأن الإبهام يوقع[5] العتق في الحال، وهو التزام[6] عتق في الذمة.

وخرج على الخلاف: أنه لو مات أحدهم فعينه، هل يصح؟ إن قلنا بحصول العتق عند التعيين، فلا يصح؛ لأن الميت لا يقبل العتق، وعلى هذا فلو كان الإبهام في عبدين، فإذا بطل التعيين في الميت تعين الثاني، ولا حاجة إلى لفظ.

وإن قلنا بالوقوع عند الإبهام، صح تعيينه، والتعيين على هذا بيانٌ أيضاً.

---

(١) في (ظ): (الوارث).

(٢) قوله: (لا) ليس في (أ).

(٣) في (ظ): (المعتق).

(٤) انظر: «الوجيز» (٢/ ٦٣)، وما سلف (١٥/ ٢٧)، حيث قال: «...، أحدهما: أنه يقع من وقت التلفظ ...، والثاني: من وقت التعيين...».

(٥) في (ظ): (يرفع).

(٦) في (أ): (أو التزام).

ولو جرى ذلك في أمَتين أو إماء، فهل يكون الوطء تعييناً لغير الموطوءة؟ فيه وجهان كما ذكرنا في الطلاق.

ونقل ابن الصباغ: أن التعيين قول أكثر أصحابنا، وهو اختيار المزني[١].

وإذا لم نجعله تعييناً، فلو عين العتق في الموطوءة فلا حدّ عليه، وبنى في «التهذيب»[٢] حكم المهر على أن العتق يحصل عند التعيين، أو باللفظ الأول؟ إن قلنا بالأول لم يجب، وإن قلنا بالثاني وجب[٣].

وقال أبو حنيفة[٤] رحمه الله: الوطء لا يكون تعييناً إلا إذا أحبلها.

والوطء فيما دون الفرج والقبلة واللمس بالشهوة مرتب على الوطء، إن لم يكن تعييناً فهذه أولى، وإن كان تعييناً فوجهان؛ لأنها أخف من الوطء[٥]، والاستخدام مرتب على هذه الاستمتاعات، حكي ذلك عن القاضي الحسين وغيره رحمهم الله، والصحيح: أنه ليس بتعيين[٦]. قال الإمام[٧]: وهذا يوجب طرد الخلاف في أن الاستخدام في زمان الخيار يكون فسخاً أو إجازة؟

والعرض على البيع كالاستخدام.

---

(١) انظر: «المختصر» ص٣٢١.

(٢) انظر: «التهذيب» للبغوي (٨/ ٣٩١-٣٩٢).

(٣) انظر: «الوسيط» (٧/ ٤٧٩)، و«التهذيب» (٨/ ٣٩٢)، و«الروضة» (١٢/ ١٥٣).

(٤) انظر: «الهداية» (٢/ ٦٢)، وقالا ـ أبو يوسف ومحمّد ـ بالتعيين، لأنّ الوطء لا يحل إلا في الملك، وإحداهما حُرّة، فكان بالوطء مستبقياً الملك في الموطوءة فتعينت الأخرى، لزواله بالعتق كما في الطلاق. هذا هو المذهب والمفتى به. وانظر: «فتح القدير» (٤/ ٢٨٩).

(٥) قوله: (من الوطء) ليس في (ز).

(٦) انظر: «التهذيب» (٨/ ٣٩٢)، و«الروضة» (١٢/ ١٥٣).

(٧) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٢٤٢).

ولو باع بعضهم أو وهبه وأقبضه أو أجره، قال في «التهذيب»[١]: فيها وجها الوطء؛ لأنها من تصرفات الملاك.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنها تكون تعييناً، والإعتاق ليس بتعيين.

ثم إن عين فيمن أعتقه قبل، وإن عين في غيره عتقا، وقتل السيد أحدهم ليس بتعيين. ثم إن عين في غير المقتول، لم يلزمه إلا الكفارة، وإن عين في المقتول، لم يجب القصاص[٢]؛ للشبهة.

وأما المال، فإن قلنا: إن العتق يحصل عند التعيين، فلا يجب عليه، وإن قلنا يحصل عند الإبهام فعليه الدية لورثته.

وإن قتلَ أجنبي أحدهم فلا قصاص إن كان القاتل حراً.

ثم إن عين في غير المقتول، فعليه القيمة. وإن عين فيه، وقلنا: إن العتق يحصل عند التعيين، فكذلك[٣] كما[٤] لو نذر إعتاق عبدٍ بعينه فقتل[٥]. وإن قلنا: يحصل عند إبهام اللفظ، فعليه الدية لورثة المقتول.

ولو مات قبل التعيين، فهل للورثة التعيين؟ فيه قولان، ويقال وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن ذلك يتعلق باختيار المبهم وقد فات، ولأنه في حكم تكميل اللفظ فليؤخذ من المتلفظ.

---

(١) انظر: (٨/ ٣٩٢).

(٢) قال في «فتح القدير» (٤/ ٢٩٠): «وهل يثبت البيان في الطلاق بالمقدّمات؟ في «الزِّيادات»: لا يثبت، وقال الكرخي: يحصل بالتقبيل كما يحصل بالوطء».

(٣) قوله: (فكذلك) ليس في (أ).

(٤) قوله: (كما) ليس في (ظ).

(٥) قوله: (فقتل) ليس في (ز).

وأظهرهما: نعم؛ لأنه خيار يتعلق بالمال فيخلف الوارث الموروث[١] فيه، كما في خيار البيع والشفعة.

وعن القاضي الحسين: بناء على الخلاف[٢] على أن التعيين إيقاع عتق في الحال، أو يستند إلى وقت الإبهام؟ إن قلنا: إيقاع في الحال، فيقوم الوارث فيه مقام المورث[٣]، كما يعتق عنه بأمره وفي تأدية كفارة. وإن قلنا: ليس إيقاعاً في الحال، فلا.

قال الإمام[٤] رحمه الله: وهذا عندنا بالعكس أولى، فإنا إن جعلناه إيقاعاً فهو تتمة اللفظ، ولا يجوز أن ينقسم لفظ في الإيقاع بين[٥] شخصين. والله أعلم.

قال:

(الثالث: إذا قالَ لمملوكتِه[٦]: أولُ ولدٍ تلدينَه فهو حرّ، فولَدت ميتاً، انحلَّتِ اليمينُ ولم يَعتق الحيُّ بعدَه.

الرابع: إذا قالَ لمملوكِه: أنتَ ابني، عَتقَ عليه ولَحِقَه إلا أن يكونَ أكبرَ سِنّاً منه فلا يَعتِق، وإن[٧] كانَ مشهورَ النَّسبِ من غيرِه، ففي العتقِ عليه وجهان).

---

(١) في (أ): (المورث).

(٢) قوله: (بناء على الخلاف) ليس في (ز).

(٣) في (ظ): (الموروث).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٢٤٣).

(٥) في (ز): (إلى)، وفي (ظ): (من).

(٦) في (أ): (للملوكة).

(٧) في (ظ): (ولو).

إذا قال لأمته: «أول ولد تلدينه فهو حر»، فولدت ميتاً ثم حياً لم يعتق الحي؛ لأن الشرط قد حصل بولادة الميت، ألا ترى أنه لو قال: «إذا ولدت فأنت حرة» تعتق، إلا أن[1] الميت ليس بمحل لنزول العتق[2]، وإذا وجدت الصفة تنحل اليمين.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: يعتق الثاني.

وسلم أنه لو قال: «أول عبد رأيته من عبيدي فهو حر»[3]، فرأى واحداً منهم ميتاً، تنحل اليمين، حتى إذا رأى بعده حياً، لا يعتق[4].

وإذا قال لعبده: «أنت ابني» ومثله يجوز أن يكون ابناً له، ثبت نسبه، وعتقَ إن كان صغيراً أو بالغاً وصدقه، وإن كذبه عتق أيضاً وإن كان هو المصدق في نفي النسب.

وإن لم يمكن أن يكون ابناً له، بأن كان أكبر منه، أو مثله في السن، أو أصغر على حدٍّ لا يتصور أن يكون ابنه، لغا قوله ولم يعتق؛ لأنه ذكر محالاً.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: نحكم بعتقه.

هذا في مجهول النسب. وإن كان معروف النسب من غيره، فلا يلحق به، وهل نحكم بعتقه؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن العتق ثبت بتبعية النسب، وليس هو ممن يستلحق.

وأشبههما: نعم؛ لأن قوله يتضمن الإقرار بالنسب والعتق، فإن لم يقبل في النسب لحق الغير، لم يمتنع مؤاخذته بالعتق.

---

(١) في (ظ): (تعتق لأن).

(٢) في (أ) و(ي) و(ظ): (النزول للعتق).

[وفي المطبوع من كتاب «العزيز» (١٣/ ٣٦٨): (زوال العتق). (م ع)].

(٣) قوله: (فهو حر) ليس في (ز).

(٤) انظر: «الهداية» (٢/ ٦٢)، و«فتح القدير» (٤/ ٢٩٢).

وقوله في الكتاب: (إلا أن يكون أكبر سناً منه)، الاستثناء غير منحصر في هذه الحالة على ما بيناه.

ولو قال لزوجته: «أنت ابنتي»، قال الإمام[1] رحمه الله: الحكم في حصول الفراق وثبوت النسب، كما في العتاق.

قال:

(الخامس: إذا قال: إن أعتَقتُ غانماً فسالمٌ حر، ثم أعتقَ غانماً، وكلٌّ واحدٍ ثلثُ مالِه؛ عَتَقَ غانم، ولا قُرعة؛ لأنه ربَّما يَخرجُ على سالمٍ فيَعتِقُ بغيرِ وجودِ الصِّفة.

السادس: عبدٌ مُشتَرَكٌ بينَ شخصَين[2]، فقالَ أحدُهما: إن كانَ هذا الطائرُ غراباً فنَصيبي حرّ، وقالَ الآخر: إن لم يكُن غراباً[3] فنَصيبي حرّ، فلا يَعتِقُ شيء؛ للشَّكّ، فإن اشتراه ثالثٌ حُكِمَ[4] بُحريَّةِ نصفِه في يدِه، ولا رجوعَ له عليهما بالثَّمن).

الفرعان مكرران، أما الأول فمذكور في كتاب الوصية[5].

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٢٥٠). وقوله: (الإمام) ليس في (ز).

(٢) قوله: (بين شخصين) ليس في (أ) و(ي).

(٣) قوله: (غراباً) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

(٤) في (أ): (يحكم).

(٥) انظر: «الوجيز» (١/ ٢٧٣)، وما سلف (١١/ ٥٣٠).

وأما الثاني ففي الكتاب الذي نحن فيه، وإن[١] بَعُدَ العهد بالوصية، فهو بالعتق غير[٢] بعيدٍ، والتكرار فيه أبعد عن العذر[٣].

قال:

(السابع: إذا قالَ لعبدَيه: أعتقتُ أحدَكما على ألف، فقَبِلا وماتَ قبلَ البيان، وقلنا: الوارثُ لا يقومُ مقامَه في التّعيين، فيُقرَعُ بينَهما، فمن خرجَت قرعتُه عَتق، وعليه قيمةُ رقبتِه؛ لفَسادِ المُسمّى بالإبهام، وقيل: يَصِحُّ المسمى).

إذا قال لعبدين له: «أعتقت أحدكما على ألفٍ»، أو «أحدكما حر على ألف»، فلا يعتق واحد منهما ما لم يقبلا؛ لتعلق العتق بالقبول، كما إذا قال: «أحدكما حر إن شئتما»، لا يعتق واحد منهما إلا إذا شاءا، فإذا قبلا جميعاً كل واحد منهما بالألف[٤]، عتق أحدهما، ويؤخذ السيد بالبيان، كما لو أعتق أحدهما بغير عوض، فإن مات قبل البيان، ولم يقم الوارث مقامه في البيان، أو لم يكن وارث، أقرع بينهما، فمن خرجت قرعته عتق، ولا يعتق مجاناً؛ لأنه لم يتبرع بإعتاقه، وإنما أعتق على عوض.

وفيما يلزم العتيق وجهان:

أصحهما ـ وبه قال ابن الحداد رحمه الله ـ: أنه يلزمه قيمته؛ لفساد المسمى من جهة أنه لم يعين أحدهما، فصار كما إذا قال: «بعته من أحدكما بألف» فقبلا، لم يصح، وإنما حصل

---

(١) في (أ): (ولئن).

(٢) قوله: (غير) ليس في (أ)، وفي (ي): (ليس ببعيدٍ).

(٣) من قوله: (فهو بالعتق غير) إلى هنا ليس في (ظ).

(٤) في (أ) و(ي) و(ظ): (الألف).

العتق لتعلقه بالقبول، وهذا كما أنه لو قال لامرأته: «إن أعطيتني عبداً فأنت طالق»، فأعطته عبداً، يقع الطلاق، ولا يملك الزوج ذلك العبد، بل يرده، ويرجع عليها بمهر المثل.

والثاني -ويحكى عن أبي زيد-: أنه يلزمه المسمى؛ لأن المقصود العتق لا المعاوضة، فيحتمل إبهام العوض تبعاً للعتق.

ولو قال لأَمَتيه: «إحداكما حرة على ألف»، فقبلتا، ثم وطيء إحداهما، قال الشيخ أبو علي: هل يكون الوطء اختياراً للملك في الموطوءة، وتعيين الأخرى للعتق؟ فيه وجهان، كما لو أعتق إحداهما بلا عوض، ووطئ.

هذا ما ذكره في «الفروع».

ويمكن أن يقال: إن لم يقصد إحداهما بعينها فلا بد من قبولهما، وإن قصد إحداهما بعينها فيكفي قبول الذي قصده. والله أعلم.

قال:

(الثامن: جاريةٌ مشتركة، زوَّجاها[1] من ابنِ أحدِ الشَّريكَينِ فولَدت، عتقَ نصفُه على أحدِهما؛ لأنه جدُّ المولود، ولا يسري؛ إذ لا اختيار. ولو غرَّ بجاريةِ أبيه[2]، ففي لزومِ قيمةِ الولِد وجهان؛ لأنه كانَ يَعتِقُ على الجدِّ لولا ظنُّه).

فيه مسألتان:

إحداهما: جارية بين شريكين، زوجاها من ابن أحدهما فأتت منه بولد، يعتق

(١) في (ظ): (زوجها).

(٢) في (أ) و(ي) و(ز): (ابنه).

نصفه على الجد ولا يسري إلى النصف الآخر؛ لأن شرط السراية حصول العتق بالاختيار، ولم يوجد، ولا نظر إلى أنه زوج برضاه؛ لأن الوطء والعلوق لا يتعلقان باختيار المعلق، وعلل بعضهم امتناع السراية بأن نصفه انعقد حراً، والحرية الأصلية لا تسري وإنما يسري العتق الوارد على الرق.

ومن قال بالأول منع ذلك، وقال: ينعقد الكل رقيقاً ثم يعتق النصف على الجد بالقرابة.

وتوسط صاحب الكتاب بين القولين فقال: عندي يندفع رقه بموجب العتق، ولذلك لو اشترى قريبه يندفع الملك، والاندفاع في معنى الانقطاع.

الثانية: قد سبق في النكاح أن من نكح أمة غرَّ بحريتها، فأتت منه بولد، ينعقد الولد حراً، ويجب على المغرور قيمته لمالك الأمَة؛ لفوات الرق عليه بظنِّ المغرور. هذا هو المذهب الظاهر.

وحكى الشيخ أبو علي أنَّ بعض الأصحاب رحمهم الله ذكر وجهاً: أن الولد يخلق رقيقاً ثم يعتق على المغرور، وله ولاؤه، وأنا إذا قلنا: إنه ينعقد حراً، فلا قيمة على المغرور، وهو غريب.

قال الشيخ: وفي القلب من وجوب القيمة على المغرور شيء؛ لأنه لم يتلف ملكاً[1] على مالك الأمَة، وإنما منع دخول شيء في ملكه، لكن ليس فيه خلاف يعتد به، وأجمعت الصحابة رضي الله عنهم على وجوب الضمان، فلا بد من متابعتهم.

إذا عرف ذلك، فلو نكح جارية أبيه مغروراً بحريتها، فأتت منه بولد، هل يلزمه قيمة الولد؟ فيه وجهان:

---

(١) في (ظ): (لم يتلف شيئاً).

أحدهما: لا؛ لأنه إن انعقد حراً فينبغي أن لا يلزمه شيء، وإن انعقد رقيقاً فيعتق[١] على الجد بالقرابة. وأيضاً: فإنه لم يفوت بظن الحرية رقاً على الأب منتفعاً به؛ لأنه كان يعتق على الجد، وإن لم يوجد هذا الظن.

وأصحهما ـ وبه قال ابن الحداد ـ: يجب؛ لأن الغرور أوجب انعقاده حراً ولم يملكه الجد حتى يعتق عليه، فأشبه سائر صور الغرور.

ولو نكحها عالماً بالحال، فيملكه[٢] الجد ويعتق عليه، وهذا هو الظاهر.

ولم يستبعد الإمام[٣] رحمه الله أن يقال: إنه ينعقد حراً.

ونردف هذه الفروع المتفرقة[٤] بفروع تتعلق بالباب:

منها: ذكر ابن الحداد رحمه الله أنه لو زوج أمته من عبد غيره وقبض مهرها، وأتلفه، ومات ولا مال له غيرها، والزوج لم يدخل بها بعد، فأعتقها الوارث، نفذ عتقه.

وقدم الشيخ أبو علي رحمه الله في «شرح الفروع[٥]» فصلين:

أحدهما، الفصل الأول:

إذا أعتق الوارث عبد التركة[٦] والموروث مديون، نظر: إن كان الوارث معسراً، فالعتق غير نافذ؛ لما في نفوذه من إبطال حق الغرماء، وقطع[٧] به الشيخ أبو علي.

---

(١) في (ظ): (فعتق).

(٢) من قوله: (انعقاده حراً ولم يمكله الجد) إلى هنا ليس في (أ) و(ي).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٢٨١).

(٤) لفظة: (المتفرقة) ليست في (أ).

(٥) في (ظ): (الفرع).

(٦) في (ظ): (عبداً للتركة).

(٧) في (ظ) و(ز): (قطع) دون واو.

وعن الشيخ أبي محمد: أن إعتاقه كإعتاق الراهن، فيجيء في نفوذه قول وإن كان معسراً.

ورأى الإمام[١] رحمه الله الوجه الأول؛ لأن حق الوثيقة طرأ على ملك الراهن، ودوام الملك له، والوارث يتلقى الملك بالخلافة، وهي مشروطة بتقديم حق الميت.

وإن كان موسراً، ففيه وجهان:

أحدهما ـ وبه قال ابن الحداد ـ: أنه ينفذ، وينتقل الدين إلى مال الوارث، كما لو أعتق السيد عبده الجاني، أو أعتق المريض عبده، وله مال يفي بديونه، ينفذ العتق، ويقضي الديون من سائر أمواله. هذا لفظ الشيخ رحمه الله.

ونقل الإمام[٢] عنه: أنا إذا نفذنا[٣] العتق، نقلنا الدين إلى ذمة الوارث إذا لم يخلف سوى العبد. قال: ولست أرى الأمر كذلك، فالدين لا يتحول إلى ذمة الوارث قط، لكنه بالإعتاق متلف للعبد، فعليه أقل الأمرين من الدين وقيمة العبد.

والثاني: أنه موقوف، فإن أدى الوارث الدين من ماله تبين نفوذ العتق، وإلا بيع العبد في الدين وبان أن العتق لم ينفذ.

ولو باع الوارث التركة بغير إذن الغرماء، لم ينفذ بيعه إن كان معسراً، وإن كان موسراً ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أن البيع باطل؛ لأنه كالمرهون بديون الغرماء.

والثاني: أنه يصح ويلزم، وسيأتي تفريعه إن شاء الله تعالى.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٢٥٢-٢٥٣).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٢٥٣).

(٣) في (ظ): (أنفذنا).

والثالث: أنه موقوف كما ذكرنا في العتق، وللإمام[١] رحمه الله هاهنا أبحاث:

أحدها ـ ويحكى[٢] عن الشيخ أبي محمد رحمه الله ـ: تنزيل التركة منزلة العبد الجاني، وقد سبق في بيع السيد العبد الجاني إطلاق قولين من غير فرق بين المعسر والموسر، فيجيء قول هاهنا في بيع الوارث وإن كان معسراً، ثم فرق بين التركة وبين العبد الجاني بما فرق به بينها وبين المرهون.

والثاني: ذكر الشيخ تفريعاً على صحة البيع: أن الثمن يصرف إلى الغرماء، وأن المشتري لو دفع الثمن إلى الوارث فتلف في يده كان للغرماء تغريم المشتري.

قال الإمام[٣]: والوجه عندي: القطع بأنهم لا يطالبون المشتري، وإنا إذا ألزمنا البيع كان بمثابة الإعتاق الذي لا عوض له، وبتقدير أن يكون الثمن مستحقاً للغرماء، فما ينبغي أن يفرق بين المعسر والموسر.

والثالث، قال: إلزام البيع بعيدٌ، فإن بيع العبد الجاني وإن صححناه لا يلزم، مع أن تعلق الأرش به أضعف على ما ذكرنا، فبيع الوارث أولى بأن لا يلزم.

والرابع: في بيع المفلس المحجور عليه قول: أنه ينعقد على التوقف[٤]، فيجوز إجراؤه في الوارث المعسر.

واعلم، أن جميع ما ذكرناه مفرَّع على أن الدّين لا يمنع الـميراث. أما إذا قلنا يمنعه، والتركة[٥] مقررة[٦] على ملك الميت، فلا يصح تصرف الوارث بحال، وإن

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٢٥٣).

(٢) في (ي) و(ز) و(ظ): (يحكى) دون واو.

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٢٥٤).

(٤) في (ظ): (المتوقّف).

(٥) في (ظ): (فالتركة).

(٦) في (ي): (مقرة).

ذكرنا في كتاب الرهن وجهاً: أن إعتاقه لا ينفذ[1] بحال كالبيع، ووجهين في أن تعلق الدين بالتركة كتعلق الدين بالمرهون، أو كتعلق الأرش بالجاني؟ وأن الأظهر الأول، وحينئذٍ فيكون الأظهر في الإعتاق النفوذ كما في إعتاق الراهن الموسر، وفي البيع المنع.

والفصل الثاني:

ذكرنا في النكاح: أن الأمة إذا أعتقت تحت عبد كان لها الخيار، فإن فسخت قبل الدخول سقط جميع المهر، وعلى السيد رده إن كان قد قبضه.

إذا تقرر ذلك، فينفذ العتق في الحال في فرع ابن الحداد.

ثم إن كان الوارث معسراً، فلا خيار لها؛ لأنه لو ثبت لها الخيار ففسخت وجب ردّ مهرها، ولصار ذلك ديناً على الميت، وذلك يمنع نفوذ العتق من الوارث المعسر، وإن لم يعتق[2] فلا خيار لها، ففي إثبات الخيار نفيه، والمسألة من الدائرات، وقد ذكرنا طرفاً منها في النكاح.

وإن كان موسراً، فإن قلنا ينفذ عتقه، فلها الفسخ، وإذا فسخت صار مهرها ديناً، فيطالب به[3] المعتق إن كانت قيمتها مثل مهر المثل أو أكثر؛ لتفويته التركة، وإن كان مهر المثل[4] أكثر لم يطالب إلا بقدر قيمتها؛ لأنه لم يفوت إلا ذلك القدر، وإن قلنا[5]: يتوقف نفوذ العتق على أداء الدين، فلا عتق ولا خيار حتى يرد الصداق إلى سيد العبد.

---

(١) من قوله: (بحال وإن ذكرنا) إلى هنا ليس في (ظ).

(٢) من قوله: (لو ثبت لها الخيار) إلى هنا ليس في (ظ).

(٣) في (أ): (بها).

(٤) من قوله: (ديناً فيطالب به) إلى هنا ليس في (ظ).

(٥) في (أ): (وإن كان).

هكذا ذكره الشيخ أبو علي، وفيه إشكال؛ لأنه لا يثبت لسيد العبد دين ما لم يفسخ، فكيف يقضي الدين قبل ثبوته؟

ومنها: مات رجل عن ابن حائز، والتركة ثلاثة أعبد قيمتهم متساوية، فقال الابن: «أعتق أبي في مرض موته هذا»، وأشار إلى أحدهم، ثم قال: «بل أعتق هذا، وهذا»، يعني الأول وآخر معاً، ثم قال: «بل أعتق الثلاثة معاً»:

قال ابن الحداد: الأول حرٌّ بكل حال؛ لإقراره الأول، ويقرع بينه وبين الثاني؛ لإقراره الثاني، فإن قضيته أن الثاني يستحق أن يقرع بينه وبين الأول، ويعتق إن خرجت القرعة له، ويقرع بين الثلاثة مرة أخرى؛ لإقراره الثالث فإن قضيته أن يقرع بين الثلاثة، ويعتق من خرجت قرعته فيؤخذ[1] بموجب كل إقرار، ولا يمكن من الرجوع عن[2] مقتضى واحد منها[3].

وإذا أقرعنا المرتين، فإن خرج سهم العتق للأول في المرتين لم يعتق غيره، وإن خرج للثاني في المرتين أو للأول في الأول، وللثاني في الثانية أو بالعكس، عتقا دون الثالث، وإن خرج للأول في الأولى وللثالث في الثانية عتقا دون الثاني، وإن خرج للثاني في الأولى، وللثالث في الثانية عتقوا جميعاً.

قال الشيخ أبو علي: وإن كانت قيمتهم مختلفة، كما إذا كانت قيمة الأول مئة وقيمة الثاني المضموم إليه مئتين وقيمة الثالث ثلاثمئة، فالأول حرّ[4] بكل حال؛ لإقراره الأوّل وهو دون الثلث[5].

---

(١) في (ظ): (فيؤاخذ).

(٢) في (أ): (من).

(٣) في (أ) و(ي): (منهما).

(٤) لفظة: (حر) ليست في (ز).

(٥) في (ظ): (الثالث).

وإذا أقرعنا بينه وبين الأول[١] وخرج سهم العتق للأول عتق، وعتق من الثاني نصفه، وإن خرج للثاني عتق كله؛ لأن موجب إقراره الثاني أن يعتق الثاني بكماله أو الأول ونصف الثاني.

وإذا أقرعنا بين الثلاثة لإقراره الثالث، فإن خرج سهم العتق للثالث عتق ثلثاه وثلثاه ثلث ماله، وإن خرج للثاني لم يعتق الثالث سواء خرجت القرعة الأولى على الثاني أو لم تخرج؛ لأنه ثلث ماله، وإن خرج للأول فهو نصف الثلث فتعاد القرعة لإكمال الثلث بين[٢] الثاني والثالث، فإن خرج على الثاني رقَّ الثالث ولا يعتق من الثاني إلا ما عتق بالقرعة الأولى، وهو جميعه أو نصفه، فإن خرج على الثالث عتق ثلثه؛ لأن ثلثه مع الأول ثلث جميع المال.

والمفهوم من كلام الشيخ رحمه الله: أنه إذا خرج سهم العتق في القرعة الثانية بين الثلاثة للثاني، لا يعتق منه إلا ما عتق من قبل، وكذلك[٣] حكاه الإمام[٤] رحمه الله عنه، واعتُرِض عليه[٥] بأن الثاني استحق بالإقرار الثاني أن يقرع بينه وبين الأول، وبالإقرار الثالث أن يقرع بينه وبين الأولين، فإن لم تكمل له الحرية في القرعة الأولى لخروج سهم العتق للأول وجب أن يكمل في القرعة الثانية إذا خرج سهم العتق له؛ لأنه قضية الإقرار الثالث.

وكذلك[٦] عند استواء القيم إذا لم يعتق بالقرعة الأولى يعتق بالثانية، إذا خرج السهم له.

(١) في (أ): (الثاني).
(٢) في (ز): (من)، وهو خطأ.
(٣) في (أ): (ولذلك).
(٤) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٢٥٥).
(٥) قوله: (عليه) ليس في (ز).
(٦) في (أ) و(ي) و(ظ): (ولذلك).

فإن عكست التصوير وقلت[١]: قيمة الأول ثلاثمئة وقيمة الثاني مئتان وقيمة الثالث مئة، فالجواب: أنه يعتق من الأول ثلثاه ثم يقرع بينه وبين الثاني، فإن خرج سهم العتق للأول لم يرد شيء، وإن خرج للثاني عتق بكماله[٢] ثم يقرع بين الثلاثة، فإن خرج للأول أو الثاني لم يرد شيء على ما عتق، وإن خرج للثالث عتق بكماله، وقد عتق من قبل ما إذا ضم[٣] إليه، تَمّ[٤] الثلث بل زاد.

ومنها: مات عن ثلاث[٥] بنين وله ثلاثة أعبد قيمتهم متساوية، فأقرّ أحد البنين «بأن أباه أعتق في مرض موته هذا العبد»، وأقرّ آخر «أنه أعتقه وهذا الآخر معاً»، وأقر الثالث «أنه أعتق الثلاثة معاً»، فيعتق ثلث الأول؛ لأن أحد البنين أقر بعتقه، فيقبل إقراره في حصته وهي الثلث، ثم يقرع بينه وبين العبدَ المضموم إليه؛ لإقرار الثاني، فإن خرج سهم العتق للأول عتق منه ثلث آخر؛ لأن قضية إقرار الثاني عتق جميعه إذا خرجت القرعة له، فيقبل قوله[٦] في حصته.

وإن خرج للثاني، عتق ثلثه[٧]؛ لهذا المعنى، ثم يقرع بين الثلاثة، فمن خرج له سهم العتق عتق كله.

وإذا اختصرت قلت: إن خرج سهم العتق في المرتين للأول عتق جميعه، وإن خرج في المرتين للثاني عتق ثلثاه مع ثلث الأول، وإن خرج مرّة للأوّل وأخرى للثاني

---

(١) في (أ): (وقلنا)، وهو خطأ.

(٢) من قوله: (لم يرد شيء) إلى هنا ليس في (ظ).

(٣) في (أ): (انضم).

(٤) (ثم) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب ما أثبتناه.

(٥) في (ي): (ثلاثة).

(٦) لفظة: (قوله) ليست في (ظ).

(٧) قوله: (ثلثة) ليس في (أ).

عتق ثلثا الأول وثلث الثاني، وإن خرج[1] مرّة للثاني ومرّة للثالث عتق من كلّ عبد ثلثه.

وإذا حكمنا بعتق البعض من أحد العبيد، فلا سراية؛ لأنهم لم يباشروا الإعتاق، ولا أقروا به على أنفسهم، وإنما أقروا به على الأب.

ومن أعتقنا بعضه بإقرار أحد البنين لو وقع بالقسمة في نصيب ذلك المقر أو صار له بوجه آخر، حكمنا عليه بعتقه؛ لإقراره بأنه حر كله.

ولو كانت قيم العبيد مختلفة كما إذا كانت قيمة الأول مئة وقيمة الثاني مئتين وقيمة الثالث ثلاثمئة، فيعتق من الأول ثلثه؛ لأن الأول أقر بأن الأب أعتقه لكنه لا يملك منه إلا الثلث، فيقبل إقراره في حصته، ثم يقرع بينه وبين الثاني؛ لإقرار الثاني.

فإن خرج سهم العتق للثاني عتق ثلثه؛ لأن كله حر بزعم الثاني إذا خرج سهم العتق له، فإنه ثلث المال، فيقبل إقراره في حصته.

وإن خرج للأول، عتق منه ثلث آخر، ومن الثاني سدسه؛ لأن قضية إقراره أن يعتق جميع الأول عند خروج القرعة له، وأن يعتق من الثاني نصفه؛ ليكمل الثلث فيؤاخذ بإقراره في حصته من كل الأول ونصف الثاني، ثم يقرع بين الثلاثة؛ لإقرار الثالث.

فإن خرج سهم العتق للثالث، عتق منه تسعاه؛ لأن قضية إقراره إذا خرجت القرعة له أن يعتق ثلثاه، فإن ثلثيه ثلث جميع المال فيؤاخذ بإقراره في حصته، وهي ثلث الثلثين، وذلك تسعا الجملة.

وإن خرج للثاني، عتق منه ثلثه؛ لأن قضية إقراره عتق جميعه، فإنه ثلث المال، فيؤاخذ به في حصته.

---

(١) من قوله: (مرة للأول وأخرى للثاني) إلى هنا ليس في (ظ).

وإن خرج للأول، عتق منه ثلثه[١]؛ لمثل هذا المعنى، لكنه لا بد من إكمال الثلث، فتعاد القرعة مرة أخرى؛ ليعتق حصته من تمام الثلث.

فإن خرج سهم العتق للثاني، عتق منه سدسه؛ لأن نصفه مع الأول تمام الثلث وحصته منه السدس.

وإن خرج للثالث، عتق منه تسعه؛ لأن ثلثه مع الأول تمام الثلث[٢] وحصته منه التسع.

ومنها: شهد شاهدان على ميت: «أنه أوصى بعتق عبده فلان» وهو ثلث ماله، فقال[٣] الوارث: «إنه[٤] أوصى بعتق آخر» وهو ثلث أيضاً: فإن لم يكذب الوارث الشاهدين، واقتصر على «أنه أوصى بعتق هذا»، أعتق الأول بموجب البينة، وأقرع بينه وبين الثاني؛ لإقرار الوارث، فإن خرجت القرعة للأول لم يعتق الثاني. وإن خرجت للثاني، عتق ولم يرق الأول؛ لأنه مستحق العتق بالبينة، فلا يتمكن الوارث من إبطاله بالإقرار، وقد تعمل القرعة في أحد الطرفين دون الثاني على ما تقدم.

وإن أقرّ الوارث «بأنه أعتق الثاني»، وكذّب الشهود في الأول، عتقا جميعاً، الأول بالشهادة، والثاني بالإقرار.

وإن شهد أجنبيان «بأنه أوصى بإعتاق عبد هو ثلث ماله»، وشهد وارثان «بأنه أوصى بإعتاق آخر»: فإن كذب الوارثان الأجنبيين، عتقا جميعاً، الأول بشهادة الأجنبيين، والثاني بإقرار الوارثين «أنه أوصى بإعتاق هذا دون الأول، وهو ثلث المال».

---

(١) من قوله: (لأن قضية إقراره) إلى هنا ليس في (ز) و(ظ).

(٢) من قوله: (وحصته منه السدس) إلى هنا ليس في (ظ).

(٣) في (ج) و(ظ): (وقال).

(٤) في (أ): (له).

فإن لم يكذباهما، أقرع بينهما؛ لأن إعتاق الأول ثبت بشهادة الأجنبيين، وإعتاق الثاني بالوارثين، فصار كما لو شهد اثنان بأنه[١] أعتقهما معاً.

ومنها: ثلاثة إخوة في أيديهم أمَة وولدها وهو مجهول النسب، فقال أحدهم: «هذه أم ولدي، وهو ولدي منها»، وقال الثاني: «هي أم ولد أبينا، والولد أخونا»، وقال الثالث: «هي أمَتي، والولد عبدي»، فالكلام في أحكام:

أحدها: في نسب الولد، ولا يثبت نسبه من أبيهم؛ لأنه لم يتفق الورثة عليه. وأما نسبه من الذي يستلحقه: فإن قلنا إن من استلحق عبداً مجهول النسب لحقه، فيثبت نسبه منه؛ لأن غايته أن يكون ملكاً لمن يدعي ملكه، وذلك[٢] لا يمنع ثبوت النسب. وإن قلنا لا يلحقه، فوجهان:

أظهرهما: أن الجواب كذلك؛ لأن يد مدعي الملك ثابتة على بعضه، وأنها تدل على الملك، والملك يمنع اللحوق.

والثاني: يلحقه؛ لأن الرق لم يَعُمَّهُ، فإن الباقي حرٌّ بقول الآخرين، والنسب لا يتبعض، وهو إلى الثبوت أقرب. قال الإمام[٣] رحمه الله: وهذا القائل يقول: لو كان بعض الشخص رقيقاً وبعضه حراً واستلحق مستلحق نسبه لحقه، وهذا ليس بشيء.

والثاني: الذي يقول: «هي أم ولد أبينا»، لا يدعي لنفسه شيئاً على الآخرين، فلا يلحقهما[٤].

---

(١) في (أ): (بأنهما)، وفي (ظ): (أنه).

(٢) في (ز): (والملك).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٢٦٣).

(٤) في (ز): «فلا يحلفهما». (م ع).

نعم، لو ادعت الجارية ما يقوله، وقالت: «عتقت بموت أبيكم»، فيحلف الآخرين على «أنهما لا يعلمان أن الأب أولدها»، وأما الآخران فيدعي كل واحد منهما ما في يد صاحبه، هذا يقول: «هي مستولدتي»، وهذا يقول: «ملكي»، فيحلف كل واحد منهما الآخر على نفي ما يدعيه في الثلث الذي في يده.

والثالث: الذي يقول: «هي أم ولد أبينا» لا غرم له؛ لأنه لا يدعي لنفسه شيئاً، ولا عليه، لأنه أقر بالإيلادِ على أبيه، لا على نفسه.

والثاني[1] الذي يدعي الاستيلاد، يلزمه الغرم للذي يدعي الملك[2]؛ لاعترافه بأنه فوت عليه نصيبه من الأمَة ومن الولد بالإيلاد. هكذا عللوه.

وقضية[3] الفرض فيما إذا سلم[4] أنه كان لمدعي الرق فيها نصيب بالإرث وغيره، وإلا فلا يلزم من دعواه أن الجارية مستولدته كون الجارية مشتركة من قبل.

وكم يلزمه من الغرم؟ فيه وجهان، بناء على أن الجارية في يد من هي؟ وفيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يد عليها للذي يقول: «إنها مستولدة أبينا»؛ لأنها حرة بزعمه بموت الأب، فتصير الجارية في يد الآخرين نصفين.

وأظهرهما: أنها في أيدي الثلاثة حكماً، كما أنها في أيديهم حساً.

فعلى الأول، عليه لمدعي الرق نصف قيمة الجارية، وقيمة الولد.

وعلى الأظهر، عليه ثلث قيمتها، وبه أجاب ابن الحداد رحمه الله.

---

(١) قوله: (والثاني) ليس في (ز) و(ظ).

(٢) في (أ): (يدعي الملك فيها).

(٣) في (أ): (ونصيبه).

(٤) ( ) في (أ): (أسلم).

والرابع: الولد حر بقول من يدعي «أنـها مستولـدة الأب»، ومن يدعى «أنها مستولدته»، قال الشيخ أبو علي رحمه الله: ويعتق عليه نصيب مدعي الرق؛ لأنا لما أخذنا منه[1] القيمة جعلناه له، ونصيبه من الجارية هكذا ينبغي أن يكون.

ومنها: قال لعبدين له: «أحدكما حر»، ثم غاب أحدهما وحضر مكانه عبد ثالث، فقال له وللذي لم يغب: «أحدكما حر»، ومات قبل البيان.

فيقال: وقعت هذه المسألة بنيسابور، فأجاب الأستاذ أبو إسحاق رحمه الله فيها: بأنه يقرع بيـن العبدين الأوليـن لإعتاق الأول، فإن خـرج سهم العتق للذي غـاب عتق[2]، وتعاد القرعة بين الآخرين[3] لإعتاق[4] الثاني، فمن خرجت له القرعة عتق أيضاً، وإن خرجت القرعة أولاً للذي لم يغب عتق، ولا تعاد القرعة؛ لأن تعيين القرعة كتعيين المالك.

ولو عيـن المالك الذي لـم يغب للعتق، ثم قال له وللذي حضر آخراً: «أحدكما حرّ»، لكان صادقاً في قوله، ولـم يقض ذلك عتق الآخر، واستشهد لذلك بما إذا قال لزوجته وأجنبية: «إحداكما طالق»، لكن في هذه الصورة خلاف مذكور في الطلاق[5].

وكذلك الحكم فيما إذا قال لعبده ولحر: «أحدكما حر».

---

(١) في (أ): (من).

(٢) قوله: (عتق) ليس في (ظ).

(٣) في (ظ): (الآخر).

(٤) في (أ) و(ظ): (للإعتاق).

(٥) انظر: «الوجيز» (٢/ ٦٣) حيث قال: «.. ثم قال: أردت الأجنبية، قُبل في أحد الوجهين»، وما سلف (١٥/ ٢١) وما بعدها.

وأجاب الأستاذ أبو الحسن[1] الماسرجسي رحمه الله في المسألة: بأن القرعة إذا خرجت للذي لم يغب، تعاد القرعة بينهما ثانياً؛ لأنه يحتمل أن يريد بقوله الثاني الذي حضر آخراً. فإن خرجت القرعة الثانية للذي لم يغب أيضاً، لم يعتق غيره. وإن خرجت للآخر عتق أيضاً.

وقد تؤثر القرعة في أحد الطرفين دون الآخر، وإلى هذا مال الإمام[2]، ورجح الشيخ أبو علي رحمهما الله الأول.

ومنها: إذا كان في ملكه أربع إماء فقال: «كلما وطئت واحدة منكن، فواحدة منكن حرة»، ثم وطء واحدة منهن، فتعتق[3] واحدة منهن.

وهل تدخل الموطوءة في العتق المبهم؟ يبنى[4] على الوجهين السابقين في أن الوطء هل يكون تعييناً للملك في الموطوءة وللعتق في غيرها؟

إن قلنا: لا، دخلت، ويقرع بين الأربع[5].

وإن قلنا: نعم ـ وعليه فرَّع ابن الحداد رحمه الله ـ، فأول الوطء لا يتضمن التعيين؛ لأن العتق معلق به، وما لم يوجد، لا يثبت استحقاق العتق، فلو نزعَ كما غيب[6] الحشفة دخلت الموطوءة في العتق المبهم.

---

(١) في (ظ): (أبو الحسين).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٢٦٨).

(٣) في (أ): (فعتق).

(٤) في (أ): (شيء).

(٥) قوله: (إن قلنا: لا، دخلت ويقرع بين الأربع) ليس في (ظ).

(٦) قوله: (كما غيب) كذا في جميع النسخ، والكلام لا يستقيم معه، ولعل الصواب كما هو في «العزيز» (١٣/ ٣٧٨): (بمجرّد تغيب)، وبه يستقيم المعنى.

وإن استدام، فهل تتضمن الاستدامة التعيين، وإخراج الموطوءة عن استحقاق العتق؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن الاستدامة تدل على أنه ينبغي استبقاء الملك فيه، وبهذا قال الشيخ أبو زيد رحمه الله، فعلى هذا يقرع بين الثلاث البواقي.

وأظهرهما ـ وبه قال ابن الحداد رحمه الله ـ: لا؛ لأن الموجود وطء، وبه يثبت استحقاق[1] العتق، فانتهاؤه كالابتداء[2]، ولذلك[3] لا يستحق بالاستدامة عتق آخر. وعلى هذا، فيقرع بين الأربع، فمن خرجت لها القرعة عتقت.

وهذا كما أنه لو قال لأَمَته: «إن وطئتك فأنت حرة»، فإن وطئها ونزع في الحال، لم يلزمه المهر.

وإن استدام، فهل نجعل الاستدامة كابتداء الوطء بعد العتق حتى يتعلق بها المهر؟ فيه وجهان.

ومثله الخلاف في أنه إذا قال لامرأته: «إن وطئتك، فأنت طالق ثلاثاً»، فوطئها واستدام، هل يلزمه المهر؟

ولو وَطِئ ثلاثاً منهن مع الاستدامة، فقضية كل وطء وطأ عتق أَمَة؛ لأن كلمة[4] كلما تقتضي التكرار[5].

---

(١) في (ظ): (الاستحقاق).

(٢) في (ظ): (فابتداؤه كالانتهاء).

(٣) في (أ): (ولهذا).

(٤) قوله: (كلمة) ليس في (ظ)، وفي (ي) (كلما).

(٥) في (ظ): (التكرير).

فإن جعلنا الوطء تعييناً، والاستدامة متضمنة للتعيين أيضاً، فتعتق الأولى والثانية والرابعة بلا قرعة، وترق الثالثة[١].

ووجهه: أنه لما وَطِئ الأولى، فكما غيب الحشفة ثبت حق العتق لواحدة، فإذا استدام خرجت عن أن تكون هي المستحقة؛ لتعيينها للملك، والثانية والثالثة تعينتا بالوطء للملك أيضاً، فتتعين الرابعة للعتق.

وإذا وَطِئ الثانية، ثبت حق العتق[٢] لها أو للأولى أو للثالثة[٣]، أما الرابعة فقد عتقت بالوطء الأول، فإذا استدام، خرجت هي[٤] عن[٥] الاستحقاق، وخرجت الثالثة[٦] أيضاً بوطئها، فتعينت الأولى للعتق.

وإذا وَطِئ الثالثة، لم يبق إلا هي والثانية، واستدامة الوطء فيها إمساك لها، فتعين العتق في الثانية.

وإن جعلنا الوطء بعد الإبهام تعييناً، ولم نجعل الاستدامة تعييناً، فيقرع بين الأولى والرابعة؛ لأنه أمسك الثانية، والثالثة للملك بوطئها[٧]، والرابعة لم يطأها، واستدامة وطء الأولى ليس بإمساك، فتردد العتق[٨] المستحق بينهما.

فإن خرجت القرعة للرابعة عتقت.

---

(١) في (ي) و(ظ): (الثانية).

(٢) من قوله: (لواحدة فإذا استدام خرجت) إلى هنا ليس في (ي).

(٣) في (ز): «لها وللأولى وللثالثة». (م ع).

(٤) قوله: (هي) ليس في (ظ).

(٥) قوله: (عن) ليس في (أ).

(٦) في (أ): (الثانية).

(٧) في (ي): (بوطئهما).

(٨) في (أ): (والعتق).

وبوطء الثانية تستحق[1] عتق آخر، لكن لا حظ فيه للرابعة؛ لأنها عتقت بالوطء الأول، ولا للثالثة[2]؛ لأنه أمسكها بالوطء، فإذاً هو متردد بين الأولى والثانية، فيقرع بينهما، فمن خرجت لها القرعة عتقت.

وبوطء الثالثة تستحق عتق آخر، ولا حظ فيه[3] للرابعة، ولا لمن عتقت من الأولى والثانية، فإن عتقت الأولى أقرعنا بين الثانية والثالثة، وإن[4] عتقت الثانية أقرعنا بين الأولى والثالثة[5]، وإن خرجت القرعة للأولى دون الرابعة عتقت.

وبوطء الثانية يتردد العتق المستحق بينها وبين الرابعة، فإن[6] الأولى قد عتقت، والثالثة تعينت بالوطء للإمساك فيقرع بينهما، فمن خرجت لها القرعة عتقت.

وبوطء الثالثة تستحق عتق آخر، ولا حظ فيه للأولى، ولا لمن عتقت من الثانية والرابعة، فإن عتقت الثانية، أقرعنا بين الثالثة والرابعة، وإن عتقت الرابعة، أقرعنا بين الثانية والثالثة.

وإن قلنا الوطء ليس بتعيين أصلاً، فيقرع ثلاث مرات؛ لاستحاق العتق لثلاث منهن.

يقرع لوطء[7] الأولى بين الأربع بسهم عتق، وثلاثة أسهم رق، فإن خرجت للرابعة عتقت، ولا مهر لها؛ فإنه لم يطأها.

---

(١) قوله: (تستحق) ليس في (ظ).

(٢) في (أ): (ولا للثانية).

(٣) من قوله: (لأنها عتقت بالوطء الأول) إلى هنا ليس في (ي).

(٤) في (ظ): (فإن).

(٥) في (ز): (بين الرابعة والأولى والثالثة).

(٦) في (أ): (بأن).

(٧) في (أ): (الوطء)، وهو خطأ.

وإن خرجت للأولى عتقت، وهل تستحق المهر؟ يبنى على أن استدامة الوطء هل توجب المهر؟

وإن خرجت للثانية أو للثالثة، عتقت، ولها المهر؛ لأنه تبين أنها عتقت بوطء الأولى، فيكون ابتداء وطئها بعد حصول عتقها.

ثم يقرع لوطء[1] الثانية بين الثلاث البواقي بسهم عتق، وسهمي رق، فإن خرجت للرابعة فلا شيء لها، وإن خرجت للثانية، ففي استحقاقها المهر الوجهان، وإن خرجت للثالثة استحقت.

وإن خرجت قرعة الحرية في المرة الأولى للثانية، أقرعنا لوطء الثانية بين الأولى والثالثة والرابعة، فإن خرج سهم العتق للأولى، فلا مهر لها بلا خلاف؛ لأن عتقها حصل بوطء الثانية، فيكون وطئها واقعاً قبل العتق.

وإن[2] خرج للرابعة فكذلك[3]؛ لأنه لم يطأها.

وإن خرج للثالثة[4] فلها المهر؛ لأنه[5] تبين أنها عتقت قبل وطئها.

ثم يقرع لوطء الثالثة بين الاثنين الباقيين بسهم عتق وسهم رق، فإن بقيت الثالثة والرابعة وخرجت القرعة للرابعة، فلا مهر.

وإن خرجت للثالثة[6]، فهل لها المهر؟ فيه الوجهان.

---

(١) في (ظ): (بوطء).

(٢) في (أ): (فإن).

(٣) في (ظ): (كذلك).

(٤) في (ظ): (الثانية).

(٥) في (أ): (لأنها)، وهو خطأ.

(٦) في (ظ): (الثانية).

وإن بقيت الأولى والثانية فلا مهر، لمن[١] خرجت لها القرعة منهما؛ لتقدم[٢] وطئها على عتقها.

وفيه وجه آخر: أنه يقرع بين الأربع دفعة واحدة بثلاثة أسهم عتق وسهم رق، فيعتق منهن ثلاث ويرق واحدة، وهذا صحيح لمعرفة العتق والرق، ولكن لا يعرف به حكم المهر، وموضع الخلاف والوفاق.

نعم، إن قلنا: إن الاستدامة توجب المهر، فتكفي القرعة على هذا الوجه، ومن عتقت بوطئها استحقت المهر.

ولو وطء الأربع عتقن جميعاً، ويحتاج المهر[٣] ثلاث مرات، يقرع بين الأربع مرة بسهم عتق وثلاثة أسهم رق، ثم مرة بين ثلاث منهن بسهم عتق وسهمي رق، ثم بين الاثنتين الباقيتين بسهم عتق وسهم رق، واستيعاب الاحتمالات يطول.

والضابط: أن ينظر في كل قرعة، فمن بان أنها عتقت قبل وطئها فلها المهر، ومن بان أنها عتقت بعد وطئها فلا مهر، ومن بان أنها عتقت بوطئها فهل لها المهر؟ فيه الوجهان في أن الاستدامة هل توجب المهر؟

هذا كله فيما إذا قال: «كلما وطئت واحدة منكن، فواحدة منكن حرة».

أما إذا قال: «فواحدة من صواحبها حُرّة»، ووطأهنّ جميعاً: فإن قلنا: إن الوطء تعيين للملك في الموطوءة، عتقت الرابعة بوطء الأولى، والأولى بوطء الثانية[٤]، والثانية

---

(١) في (ظ): (إن).

(٢) في (ظ): (قدم).

(٣) قوله: (المهر) ليس في (أ).

(٤) في (أ): (والثالثة)، وهو خطأ.

بوطء الثالثة، ورُقَّت الثالثة[١]. وإن قلنا: إنه ليس بتعيين، عتقت منهن ثلاث ورقت واحدة، فيقرع بين الثانية والثالثة والرابعة لوطء الأولى، فإن خرجت القرعة للثانية عتقت.

ثم يقرع لوطء الثانية بين الأولى والثالثة والرابعة، فإن خرجت للأولى أو للرابعة عتقت.

وإذا وطئ الثالثة، عتقت الباقية من الثلث وهي الأولى أو الرابعة، ولا حاجة إلى القرعة.

وإن خرجت القرعة[٢] الثانية للثالثة عتقت.

فإذا وطئ الثالثة، أقرع بين الأولى والرابعة، فمن خرجت لها القرعة عتقت.

وأما المهر، فلا مهر للتي عتقت بعد الوطء، ويجب المهر للتي تبين عتقها قبل الوطء، وفي هذه الصورة لا تعتق الموطوءة بوطئها بحال.

واعلم أن الإقراع في جميع هذه الصور فيما إذا مات قبل البيان، وأما في حال حياته فيؤمر بالبيان.

ومنها: له أربع إماء وعبيد، فقال: «كلما وطئت واحدة من إمائي فعبد من عبيدي حر، وكلما وطئت اثنتين فعبدان حران، وكلما وطئت ثلاثاً فثلاثة من عبيدي أحرار، وكلما وطئت أربعاً فأربعة أحرارٌ[٣]»، فوطئ الأربع، فهو كما لو قال ـ وله أربع زوجات ـ: «كلما طلقت واحدة، فعبد من عبيدي حر»، إلى آخر التصوير، وقد تقدم في الطلاق[٤].

والظاهر أنه يعتق خمسة عشر عبداً.

---

(١) قوله: (ورقَّت الثالثة) ليس في (أ).

(٢) قوله: (القرعة) ليس في (أ).

(٣) قوله: (أحرار) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

(٤) انظر: «الوجيز» (٢/ ٦٣)، وما سلف (١٥/ ٩٨) وما بعدها.

ومنها: اشترى في مرض موته عبداً بأكثر من قيمته، والمحاباة[١] بقدر الثلث، كما إذا كان له ثلاثمئة، واشترى عبداً يساوي مئة بمئتين، ثم أعتق ذلك العبد.

قال ابن الحداد رحمه الله: إن لم يوفر الثمن نفذ العتق، وبطلت المحاباة؛ لأن المحاباة كالهبة، فإذا لم يقترن بها القبض حتى جاء ما[٢] هو أقوى منها بطلت، ويمضي البيع بثمن المثل، وعلى البائع أن يقنع به[٣].

وإن وفر الثمن، نفذت المحاباة ورد العتق؛ لأن المحاباة استغرقت الثلث.

قال الأصحاب رحمهم الله: وهذا غلطٌ من حيث إنه فرَّق في المحاباة بين أن تكون مقبوضة أو لا تكون، ولا فرق؛ لأن المحاباة تعلقت بالمعاوضة، والمعاوضات تلزم بنفس العقد، ولهذا لو حابى بي المريض[٤] ولم يقترن القبض بمحاباته، ثم أراد إبطالها، لم يتمكن منه، ولو كانت كالهبة لتمكن[٥] من إبطالها قبل القبض في الصحة والمرض، وإذا لم يفترق الحال بين أن تكون مقبوضة أو لا تكون، فالجواب نفوذ المحاباة، ورد العتق؛ لتقدم المحاباة على العتق.

قالوا: والقول بأنه يلزم البائع أن يقنع بقدر قيمة العبد غلطٌ أيضاً، فإنه لم يرض بزوال ملكه إلا بالزيادة، بل ينبغي أن يقال: إنَّه بالخيار بين أن يمضي البيع بقدر القيمة وينفذ العتق، وبين أن يفسخه ويبطل العتق.

---

(١) المحاباة: المسامحة، مأخوذ من حبوته إذا أعطيته. انظر: «المصباح» (١/ ١٢٠).

(٢) في (أ): (جاءه من).

(٣) قوله: (به) ليس في (ظ).

(٤) في المطبوع من كتاب «العزيز» (١٣/ ٣٨٠): «حابى في المرض»، وفي «روضة الطالبين» (١٢/ ١٦٨): «حابى المريض». (م ع).

(٥) (لتمكّن)، هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب (للتمكّن)، حتى يستقيم المعنى.

ومنها: جارية بين شريكين، حامل من زوج أو زنىً، أعتق أحدهما نصيبه من الحمل وهو موسر، ثم وضعت الحمل لوقت يعلم وجوده يوم الإعتاق، بأن وضعت لما دون ستة أشهر، فهو حر بالمباشرة والسراية، وعلى المعتق قيمة نصيب الشريك يوم الولادة، ولا مجال للتقويم قبل الولادة.

وإن ألقته ميتاً من غير جناية جان، فلا شيء على المعتق؛ لأنا لا ندري هل كان حياً؟ وهل عتق حتى يقال: أتلف على الشريك ملكه؟

وإن انفصل ميتاً بجناية، فعلى عاقلة الجاني غرة[1] تصرف إلى ورثة الجنين؛ لأنه محكوم له بالعتق، وعلى المعتق نصف عشر قيمة الأم للشريك، فإن الجنين[2] الرقيق يضمن بالعشر.

هكذا أطلق ابن الحداد. وعن القفال رحمه الله: أنه إنما يلزم نصف عشر قيمة الأم على المعتق إذا كان لا يزيد ذلك عن نصف قيمة الغرة، فإن زاد لم يلزم إلا نصف قيمة[3] الغرة؛ لأن سبب وجوب الضمان على المعتق الغرة.

ألا ترى أنه لو انفصل من غير جناية، لم يجب شيء، فكما يعتبر وجوب أصل الغرة يعتبر مقدارها.

ورأى الشيخ أبو علي رحمه الله: الأخذ بالإطلاق، وقال: ينبغي أن لا ينظر إلى قدر الغرة ويلزم نصف العشر بالغاً ما بلغ؛ لأن انفصاله مضموناً كانفصاله حياً.

ويدل عليه: أن الغرة تصرف إلى الوارث النسيب، وقد لا يستحق المعتق[4] منها

---

(١) الغُرَّةُ: قال في «المصباح» (٢/ ٤٤٥): «والغُرَّة: عبدٌ أو أمَة».

(٢) في (ز): (الأم للجنين، فإن الشريك الرّقيق)، وهو خطأ.

(٣) قوله: (قيمة) ليس في (ز).

(٤) في (ظ): (العتق).

شيئاً، ومع ذلك يلزم[١] الغرم، وإنما كان يجب رعاية المناسبة بين الغرمين أنْ لو كان الواجب بالجناية[٢] للمعتق.

قال الشيخ: وهذا كله جوابٌ على أن السراية تحصل بنفس الإعتاق.

فإن قلنا: تحصل عند أداء القيمة، فإذا وضعت الحمل، وقُوِّمَ، ووصل نصف القيمة إلى الشريك، فحينئذٍ يعتق الباقي[٣].

وإن ألقته ميتاً[٤] بجناية جان، فنصفه حر.

وهل يقوَّم الباقي على[٥] المعتق؟ فيه الخلاف المذكور فيما إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه، ومات العبد قبل وصول القيمة إلى الشريك.

فإن قلنا: يسقط التقويم على الشريك، فنصفه حر ونصفه رقيق، فعلى عاقلة الجاني نصف غرة.

وإلى من تصرف؟ فيه الخلاف المذكور في أن من بعضه رقيق هل يورث عنه، ويجب للنصف المملوك نصف عشر[٦] قيمة الأم.

وتكون[٧] من مال الجاني أو على عاقلته؟ فيه الخلاف في أن بدل الرقيق هل يضرب على العاقلة؟

ومنها: خلف ثلاثة أعبد، قيمة كل واحد منهم مئة، ولا مال له غيرهم، فشهد اثنان «أنه أعتق في مرضه هذين»، وأشار إلى اثنين من الثلاثة، وأشار الوارث إلى أحدهما

---

(١) في (ز): (يلزمه).
(٢) في (ظ): (الجناية).
(٣) في (ظ): (الثاني).
(٤) قوله: (ميتاً) ليس في (أ).
(٥) قوله: (على) ليس في (أ).
(٦) في (أ): (عشرة)، وفي (ي): (غرّة).
(٧) في (ي): (فيكون).

فقال: «أما هذا فقد أعتقه، وأما الآخر فلم يعتقه»، فلا يقبل قول الوارث في إبطال حق الآخر من العتق، ولكن يقرع بينهما:

فإن خرج سهم العتق للذي عينه الوارث فقد يوافق مقتضى الإقرار والشهادة، فإن مقتضى الشهادة القرعة، فيعتق الذي خرجت له القرعة، ويرق الآخر.

وإن خرج سهم العتق للآخر، عتق بمقتضى الشهادة، ويعتق من عينه الوارث بإقراره.

فإن لم يكذب الوارث الشاهدين، وقال: «أعتق مورثي هذا، ولا أعلم حال الآخر»، فيقرع بينهما، فمن خرجت له القرعة عتق دون الآخر.

ولو شهد الشاهدان: «أنه أعتق الثلاثة دفعة واحدة[1]»، وأشار الوارث إلى اثنين منهما[2]، وقال: «إنه أعتقهما»، ولم يعتق الثالث.

قال ابن الحداد: يقرع بين الثلاثة، فإن خرج سهم العتق للذي أنكر الوارث إعتاقه عتق وتعاد القرعة لإقرار الوارث بين الآخرين، فمن خرجت له القرعة عتق بالإقرار، وإن خرجت القرعة أولاً لأحد اللذين أقر بإعتاقهما، عتق ورق الآخران.

وعن بعض الأصحاب رحمهم الله: أنه[3] إذا خرجت القرعة[4] لأحدهما فتعاد القرعة بينه وبين الآخر؛ لأن مقتضى الإقرار أن يقرع بينهما من غير ضم الثالث إليهما، وخروج القرعة حينئذ[5] على أحدهما يكون أقرب منه إذا ضم إليهما[6] الثالث، فيقرع

---

(١) قوله: (واحدة) ليس في (ي) و(ز).

(٢) في (ز): (منها).

(٣) من قوله: (وإن خرجت القرعة) إلى هنا ليس في (ظ).

(٤) قوله: (القرعة) ليس في (ز) و(ج).

(٥) قوله: (حينئذ) ليس في (ظ).

(٦) في (ظ): (إليها).

بين الثلاثة؛ لأنه مقتضى البينة، ويقرع بين الاثنين للإقرار، ولا يعتبر في القرعتين ترتيب.

وإذا أعدنا القرعة بينهما بعدما عتق أحدهما بالقرعة بين الثلاثة، فإن خرجت القرعة للذي عتق، لم يعتق غيره، وقد يوافق موجب القرعتين، وإن خرجت للآخر عتقا.

وهذه المسائل كُلُّها من «المولدات».

ومن «الفروع»:

إذا شهد شاهدان على أنه قال: «أحد هذين العبدين حرّ»، تقبل هذه الشهادة ويحكم بمقتضاها. وكذا لو شهد شاهدان على أنه قال: «إحدى امرأتيّ طالق».

وساعدنا أبو حنيفة[1] رحمه الله في الطلاق دون العتاق، وسلّم أنهما لو شهدا بعد موته «بأنه أوصى بعتق أحدهما»، يسمع[2].

قال لعبده: «أنت حر كيف شئت»، عن أبي حنيفة رحمه الله: أنه يعتق في الحال، ولا يتوقف على مشيئة. وعن صاحبيه[3] رحمهما الله: أنه لا يعتق حتى يشاء[4]. قال ابن الصباغ رحمه الله: وهو الأشبه.

إذا ولدت المزني بها ولداً وملكه الزاني، لم يعتق عليه.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: يعتق.

إذا أوصى بعتق عبد يخرج من الثلث، فعلى الوارث إعتاقه، فإن امتنع أعتقه السلطان؛ لأنه حق توجه عليه، فإذا امتنع ناب عنه السلطان.

---

(١) انظر: «الهداية» (٢/ ٦٣)، و«فتح القدير» (٤/ ٢٨٩).

(٢) من قوله: (وسلّم أنهما لو شهدا) إلى هنا ليس في (ي).

(٣) في (أ) و(ي) و(ظ): (صاحبه).

(٤) انظر: «فتح القدير» (٤/ ٢٣٧).

إذا كان عبدهُ مقيداً، فحلف بعتقه «أن في قيده عشرة أرطال»، وحلف بعتقه «أنه لا يحله هو ولا غيره»، فشهد عند القاضي شاهدان: «أن في[1] قيده خمسة أرطال»، وحكم القاضي بعتقه، ثم حلّ القيد فوجد فيه عشرة أرطال: قال أبو حنيفة[2] رحمه الله: يجب على الشاهدين قيمته؛ بناء على أن حكم الحاكم ينفذ باطناً، وإن كان بشهادة الزور، فكأن الحكم وقع بشهادتهما.

وقال صاحباه: لا يجب عليهما شيء. قال ابن الصباغ: وهو الصحيح؛ لأن العتق حصل بحل القيد، دون الشهادة؛ لتحقق كذبهما.

وعن ابن الحداد: إذا شهد شاهدان على «أنه أعتق في مرضه هذا العبد» أو «أوصى بعتقه»، وحكم القاضي بشهادتهما، وشهد آخران على «أنه أعتق عبداً آخر»، وكل واحد منهما ثلث ماله، ثم رجع[3] الأولان، فلا يرد القضاء بعد نفوذه، ويقرع بينهما، فإن خرجت القرعة للعبد الأول عتق، وعلى الشاهدين الغرم بالرجوع، ويرق الثاني[4] وحينئذ فتحصل للورثة التركة بتمامها.

وإن خرجت[5] للثاني عتق ورق الأول، ولا شيء على الراجعين؛ لأن القرعة لم تفض إلى عتق من شهدا بعتقه.

واعترض ابن الصباغ فقال: ينبغي أن يعتق الثاني بكل حال ويقرع بينهما لمعرفة حال الأول، فإن خرجت القرعة له عتق أيضاً وغرم الراجعان. والله أعلم.

---

(١) قوله: (في) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

(٢) انظر: «الهداية» (٣/ ١٢٣)، و«فتح القدير» (٦/ ٥٣٦-٥٣٧).

(٣) في (أ): (تراجع).

(٤) في (ظ): (الباقي).

(٥) في (ظ): (خرج).

قال رحمه الله:

(الخاصيةُ الخامسة: الولاء، والنَّظرُ في سببِه وحكمِه:

أما السَّبب: فهو زوالُ المُلكِ بالحُريّة، فمن زالَ ملكُه بالحريّةِ عن رقيقٍ فهو مولاه، سواءٌ نجزَ[1] أو علَّقَ أو دبَّرَ أو استولَدَ أو كاتبَ أو أعتقَ العبدَ بعوضٍ أو باعَه من نفسِه.

وحقيقةُ الوَلاءِ[2] أنه لحمةٌ كُلحمةِ النَّسب، فإن المعتقَ سببٌ لوجودِ الرَّقيقِ لنفسِه، كما أن الأبَ سببٌ لولدِه، ولذلك[3] تحَرمُ الصَّدقةُ في[4] وجهٍ على موالي بني هاشم. ولو أوصى لبني فلانٍ دخلَ مواليهم في وجه. وكذلك لو شَرَطَ نفيَ الولاءِ أو ثبوتَه[5] لغيرِ المعتقِ لغا، ولا يَثبتُ الولاءُ بالموالاةِ والعهد).

قال في «الصحاح»[6]: يقال بينهما وَلاء بالفتح أي: قرابة، والولاء ولاء المعتق، والولاء الموالون، يقال: هم ولاء فلان، والموالاة ضد المعاداة.

---

(١) في المطبوع من كتاب «العزيز» (١٣/ ٣٨٣): «سواء نجز عتقه». (م ع).

(٢) الولاء: لغة من آثار العتق، مأخوذ من الولي بمعنى القرابة، يقال: «بينهما ولاء»، أي: قرابة حكمية حاصلة من العتق، والولاء نوعان:
الأول: ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة، وسبب هذا الولاء الإعتاق.
الثاني: ولاء الموالاة، وسببه العقد الذي يجري بين اثنين. انظر: «معجم مقاييس اللغة» (٦/ ١٤١)، و«لسان العرب» (١٥/ ٤٢)، مادة (ولي)، و«المصباح المنير» (٢/ ٦٧٣).

(٣) في (ظ): (وكذلك).

(٤) في (أ) و(ي): (على).

(٥) في (أ): (موته).

(٦) انظر: (٦/ ٢٥٣٠).

وفي الباب نظران:

أحدهما: في سبب الولاء، وهو زوال الملك عن الرقيق بالحرية، وقد يقال: هو عتق مملوك الإنسان عليه، فمن أعتق عبداً بالتنجيز أو بالتعليق ووجود الصفة ثبت له الولاء عليه[١]. قال ﷺ: «الولاء لمن أعتق»[٢].

وكذا[٣] لو دبر عبده، أو استولد جاريته، فعتقا بموته، أو كاتب وعتق المكاتب بأداء النجوم أو بالإبراء، أو التمس من مالك العبد[٤] أن يعتق عبده عنه بعوض[٥] أو بغير عوض فأجابه، فإن العتق وقع[٦] عن الملتمس، أو أعتق[٧] نصيبه من العبد المشترك، فسرى، أو ملك قريبه فعتق عليه.

ولو باع العبد من نفسه، فسيأتي القول فيه في الكتابة، والصحيح صحته، وحينئذ فولاؤه للسيد، كما لو أعتقه على مال[٨].

---

(١) في (ز): (عليه الولاء).

(٢) الحديث متفق عليه من حديث عائشة رضي الله عنها، أخرجه البخاري في «صحيحه» (٣/ ١٢١) من كتاب العتق، باب بيع الولاء وهبته، بلفظ: «فإنّ الولاء لمن أعطى الورق ...»، وكذلك في (٨/ ١١) من كتاب الفرائض، باب ما يرث النساء من الولاء. وأخرجه مسلم في «صحيحه» (١٠/ ١٤٥)، من كتاب العتق، باب بيان أن الولاء لمن أعتق. وانظر: «التلخيص الحبير» (٤/ ٢١٣).

(٣) في (ظ): (وكذلك).

(٤) قوله: (العبد) ليس في (ز).

(٥) في (ز): (بعوض عنه).

(٦) في (ز): (يقع).

(٧) في (أ): (عتق).

(٨) انظر: «الحاوي» (٢٢/ ٩٠)، و«الوسيط» (٧/ ٤٨٣)، و«التهذيب» (٨/ ٣٩٨)، و«الغاية القصوى» (٢/ ١٠٤٤)، و«الروضة» (١٢/ ١٧٠)، و«نهاية المحتاج» (٨/ ٣٧٠).

وفيه وجه: أنه لا ولاء عليه؛ لأن البيع يزيل الولاء عنه، ولا يثبت للعبد الولاء على نفسه. وقد ذكر هذا الوجه في الكتاب هناك[١]، واقتصر هاهنا على إيراد الأظهر.

ولا فرق بين أن يتفق الدين أو يختلف، حتى لو أعتق المسلم عبداً كافراً أو الكافر مسلماً يثبت الولاء وإن لم يتوارثا، كما تثبت علقة النكاح والنسب بين الكافر والمسلم وإن لم يتوارثا[٢].

وعن مالك رحمه الله: أنه لا يثبت الولاء[٣] مع اختلاف الدين[٤].

والولاء من خاصية الإعتاق، وبه يُشعر قوله ﷺ: «إنما الولاء لمن أعتق»[٥]. فمن أسلم على يديه مشرك فلا ولاء له عليه. ومن أعتق عبد[٦] غيره بغير إذنه، وقع العتق عنه، وكان الولاء له دون المعتق عنه، خلافاً لمالك[٧] رحمه الله.

ثم الولاء لحمة كلحمة النسب، على ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما: أن النبي ﷺ قال: «الولاء لحمة كلحمة النسب، لا يباع ولا يوهب»[٨]، والمعنى: قرابة

---

(١) أي: في كتاب الكتابة، انظر «الوجيز» (٢/ ٢٨٤) حيث قال: «ولو باع العبد من نفسه، صحّ وله الولاء».

(٢) من قوله: (كما تثبت علقة النكاح) إلى هنا ليس في (ز) و(ظ).

(٣) في (أ): (له الولاء).

(٤) انظر: «مختصر خليل» ص٣٠٠.

(٥) الحديث متفق عليه، وقد سبق تخريجه في (٦/ ٢٣).

(٦) في (أ) و(ز) و(ظ): (عن).

(٧) انظر: «مختصر خليل» ص٣٠٠.

(٨) حديث ابن عمر رضي الله عنهما، رواه الشافعي في «مسنده» (٢/ ٧٣) كتاب العتق، باب في المكاتب والولاء، عن محمّد بن الحسن عن أبي يوسف عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر بهذا اللفظ. وأخرجه البيهقي (١٠/ ٢٩٢)، كتاب الولاء، باب من أعتق مملوكاً له، وقال البيهقي عقب الحديث: «قال أبو بكر ابن زياد النيسابوري: هذا الحديث خطأ، لأن الثقات لم يرووه هكذا، وإنما رواه الحسن مرسلاً». =

وامتشـاج كامتشـاج[١] النسب، وقد تفتـح اللام من اللحمـة.

وقولـه: «لا يبـاع ولا يوهب»: يعني أن نفس الولاء لا ينتقل من شخص إلى شخص بعوض وبغير عوض، كما أن القرابة لا تنتقل، ويروى: «النهي عن بيع الولاء وهبته»[٢]، وكذلك لا يورث الولاء ولكن[٣] يورث به، كمـا أن النسب لا يورث ويورث به.

ومما يدل عليه: أنه لو كان الولاء موروثاً لاشترك في استحقاقه الرجال والنساء كسائر الحقوق.

وأنه لو مات المعتق المسلم على ابنين مسلم ونصراني فأسلم النصراني، ثم مات العتيق[٤] فإنهما يستويان في الإرث، ولو كان الولاء موروثاً، لاختص به الابن المسلم، ولما شاركه النصراني بإسلامه الطارئ.

وأنه لو مات المعتق عن ابنين، ثم مات أحدهما عن ابن، ثم مات العتيق، فميراثه لابن المعتق دون ابن الابن على ما سيأتي، ولو كان الولاء موروثاً لانتقل نصيب الابن إلى ابنه.

= وأخرجه الحاكم (٤/ ٣٧٩)، كتاب الفرائض، ثم قال: «هذا حديث صحيح الإسناد»، وأخرجه محمد بن الحسن الشيباني، كما في «التلخيص الحبير» (٤/ ٢١٣).

(١) في (ي): (وأمشاج كأمشاج).

وأمشاج: جمع مشج أو مشيج وهي الأخلاط، والمراد نطفة الرجل ونطفة المرأة واختلاطهما. ذكره الشوكاني في كتابه «فتح القدير» (٥/ ٣٤٥)، وانظر: «أضواء البيان» (٨/ ٦٤٨)، والمعنى هنا: أخلاط كأخلاط النسب.

(٢) متفق عليه من حديث ابن عمر رضي الله عنهما، أخرجه البخاري (٣/ ١٢٠)، كتاب العتق، باب بيع الولاء وهبته. ومسلم (١٠/ ١٤٨)، كتاب العتق، باب بيع الولاء وهبته. وانظر: «التلخيص الحبير» (٤/ ٢١٣).

(٣) قوله: (لكن) ليس في (ز).

(٤) في (أ): (المعتق).

وقوله في الكتاب: (فإن المعتق سبب لوجود الرقيق لنفسه)، المقصود منه تحقيق المشابهة بين امتشاج النسب، وامتشاج الولاء، والمعنى أنه كما أن الأب سبب لوجود الأولاد، فالمعتق سبب لوجود الرقيق لنفسه؛ وذلك لأن الرقيق كالمفقود لنفسه، والموجود لسيده، ألا ترى أنه لا يستقل ولا يملك ولا يتصرف لنفسه، وإنما يملك ويتصرف لسيده، فإذا أعتقه فقد جعله موجوداً لنفسه.

وإلى هذا أشار النبي ﷺ بقوله: «لن يجزي ولد والده ...» الحديث[1]، فإنه إذا سعى في إعتاق أبيه، فقد كافأه على حق الأبوة؛ إذ صار سبباً لوجوده الحكمي، كما كان[2] الأب سبباً لوجوده الحقيقي، ويوضحه قوله ﷺ: «مولى القوم منهم»[3].

ويؤيد[4] التشبيه بين النسب والولاء بمسائل:

إحداها: أن الزكاة تحرم على موالي بني هاشم وبني المطلب على وجه أو قول، كما تحرم عليهم، وقد ذكرناه في قسم الصدقات[5] وبينا أنه الأصح.

وليحمل لفظ (الصدقة) في الكتاب على الزكاة.

وقد مرّ أنّ الأصحّ: أن صدقة التطوع لا تحرم على بني هاشم وبني المطلب[6].

والثانية: لو أوصى لبني فلان، فقد[7] ذكر بعض الأصحاب رحمهم الله: أن

---

(١) «إلا أن يجده مملوكاً فيشتريه فيعتقه ...»، الحديث سبق تخريجه في (٦/ ١٠٨).

(٢) في (ز): (أنَّ).

(٣) الحديث صحيح، أخرجه البخاري (٨/ ١١)، كتاب الفرائض، باب مولى القوم من أنفسهم وابن الأخت منهم، بلفظ: «مولى القوم من أنفسهم»، وانظر: «التلخيص الحبير» (٤/ ٢١٤).

(٤) في (أ): (ويؤيّده).

(٥) انظر: «الوجيز» (١/ ٢٩٦)، وما سلف (١٢/ ٦٣١).

(٦) انظر: «الوجيز» (١/ ٢٩٦)، وما سلف (١٢/ ٦٧٤).

(٧) قوله: (فقد) ليس في (ي) و(ز) و(ظ).

مواليهم يدخلون في الوصية دون المنتسبين إلى فلان، والأقرب إلى اللفظ خلافه.

والثالثة: لو أعتق لبني فلان عبداً على أن لا ولاء له[١]، أو أعتقه على أن يكون سائبة، لغا الشرط، وثبت الولاء؛ لقوله ﷺ: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، قضاء الله حق، وشرطه أوثق، إنما الولاء لمن أعتق»[٢].

ولو شرط أن يكون ولاؤه للمسلمين، أو لفلان، فهو لغو أيضاً، ولا ينتقل الولاء عنه، كما لا ينتقل النسب.

وعن مالك[٣] رحمه الله: أنه يكون ولاؤه للمسلمين. وسلّم أنه لا يكون لفلان إلا إذا أعتق عنه، على ما تقدم.

والرابعة: لا يثبت الولاء بالموالاة والعهد، كما لا يثبت النسب بالموالاة؛ لأن هذا ثمرة الإنعام بالإعتاق، كما أن[٤] ذلك ثمرة البعضيه.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: يصح عقد الموالاة بين اللذين لا يعرف نسبهما ولا ولاء عليهما، ويتعلق به التوارث، ويحمل العقل، ولهما فسخه ما لم يتحمل أحدهما عن الآخر، فإن تحمل لزم، ولا فسخ بعده.

وأعلم قوله في الكتاب: (لغا)، بالميم.

وقوله: (لا يثبت الولاء بالموالاة والعهد) بالحاء؛ لما بيناه[٥]. والله أعلم.

---

(١) في (ز): (له عليه).

(٢) الحديث متفق عليه من حديث عائشة في قصة بريرة رضي الله عنهما، وقد سبق في (٦/ ٢٣).

(٣) انظر: «مختصر خليل» ص٣٠٠.

(٤) في (أ): (أنّ ثمرة).

(٥) انظر: «الهداية» (٣/ ٢٧١).

قال:

(وكذلك يَسترسلُ الولاءُ على أولادِ المُعتقِ وأحفادِه ومعتقِه[١] ومعتقِ معتقِه، فالمَولى[٢] إما المُعتقُ أو معتقُ الأبِ أو مُعتقُ الأمِّ أو مُعتقُ المعتق. ويَسترسِلُ الولاءُ على أولادِ المُعتقِ إلا أن يكونَ فيهم من مسَّه الرِّقُّ فلا ولاءَ عليه أصلاً إلا لمُعتقه أو عصباتِ معتقِه؛ لأن المباشرةَ أقوى، وكذلك إن كانَ فيهم من أبوه حرٌّ أصليٌّ ما مسَّ الرِّقُّ أباه[٣]، وأما إذا[٤] كانَت أمُّه حرّةً أصليّةً؛ يَثبتُ الولاءُ عليه نظراً إلى جانبِ الأب، ومنهم من سوّى في إثباتِ الولاء، ومنهم من سوّى في النَّفي).

هذه اللفظه[٥] يجوز أن تقرأ باللام احتجاجاً به على المشابهة بين النسب والولاء[٦]، والمعنى: أن القرابة بين الأصول تتعدى[٧] إلى الفروع والأولاد، فكذلك يسترسل الولاء بتوسط المعتق[٨] على أولاده وأحفاده، ويجوز أن تقرأ (وكذلك) بالكاف، ويكون ذلك معطوفاً على قوله في الفصل السابق: (فمن زال ملكه

---

(١) قوله: (ومعتقه) ليس في (ز).

(٢) في (ظ): (بالمولى).

(٣) في (ز): (أباه الرق).

(٤) في (ز): (إن).

(٥) يريد بهذه اللفظة قوله في «المتن»: (وكذلك يسترسل)، أي: ولذلك.

(٦) في (أ): (في الولاء).

(٧) في (ظ): (وتتعدّى).

(٨) في (ظ): (العتق).

بالحرية عن رقيق، فهو مولاه)، والمقصود أنه كما يثبت الولاء على المعتق بمباشرة إعتاقه أو بعتقه في ملكه، يثبت على أولاده وأحفاده[١]؛ لأن النعمة على الأصل نعمة على الفرع.

ولذلك[٢] يثبت على معتقه ومعتق معتقه؛ لما ذكرنا أن للولاء امتشاجاً كامتشاج[٣] النسب.

ويُعرف من هذا إذا عكس أن الولاء كما يثبت للمعتق، يثبت لمعتق الأب، وسائر الأصول، ولمعتق المعتق.

وكما يثبت الولاء على ولد المعتق، يثبت على ولد المعتقة أيضاً، وبل أولى؛ لأن الولادة حسية، والانتساب إلى الأب حكمي، ويستثنى عن استرسال الولاء على أولاد المعتق وأحفاده موضعان[٤]:

أحدهما: إذا كان فيهم من مسه الرق والعتق، فولاؤه لمعتقه، فإن لم يكن فلعصبات معتقه، فإن لم يكونوا[٥] فالميراث لبيت المال.

ولا ولاء عليه لمعتق الأصول بحال، فإنه أعتق مباشرة[٦] وولاء المباشرة أقوى[٧].

---

(١) في (أ): (ومعتقيهم).

(٢) في (أ): (وكذلك).

(٣) في (ي): (امتشاجاً كأمشاج).

(٤) في (أ): (وضعان).

(٥) في (ز): (يكونا).

(٦) في (أ): (بمباشرة).

(٧) في (ز): (أولى).

وصورته: أن تلد رقيقة رقيقاً من رقيق أو حر، فأعتق[١] الولد، وأعتق أبوه[٢] وأمه[٣] أيضاً.

والثانـي: من أبوه حر أصلي لا ولاء عليه، وأمه معتـقة، هل يثبت الولاء عليه لموالي الأم؟ فيه ثلاثة أوجه:

أصحها ـ وبه قال مالك[٤] ـ: لا؛ لأن الانتساب إلى الأب والأب حر مستقل لا ولاء عليه، فليكن[٥] الولد[٦] مثله، وأيضاً فإن ابتداء حرية الأب تبطل دوام الولاء لموالي الأم، فاستدامة الحرية أولى أن تمنع ثبوت الولاء لهم.

والثاني: يثبت؛ لأن الأم معتقة، وقد تعذر إثبات الولاء عليه من جانب الأب، فأشبه ما[٧] إذا كان الأب رقيقاً.

---

(١) في (أ): (وأعتق).

(٢) في (أ) و(ي): (أبواه).

(٣) في المطبوع من كتاب «العزيز» (١٣/ ٣٨٧): (أو أمه). ولعلّ الصّواب: (وأعتق أبواه أو أمه)، قال في «تحفة المحتاج»: «صورته أن تلد رقيقةٌ رقيقاً من رقيقٍ أو حرٍّ، وأعتق الولدَ مالكُه وأعتق أبوَيه، أو أمَّه مالكُهم».

وقوله: «أن تلد رقيقةٌ... إلخ»، قال البجيرمي في «حاشيته على المنهاج»: «بأن يزوّج شخصٌ أمتَه فتأتيَ بولدٍ، ثم يعتقَهُ سيّدُها، ثم يبيعَ الأمَةَ فيعتقها مشتريها، فالولاء على الولد لمعتقه لا لمعتق الأمَة. قوله: «وأبويه» أي: إذا كانا رقيقين. وقوله: «أو أمّه» أي: إذا كانت هي الرقيقةُ فقط...، أي: فلا ولاء على ذلك الولد لمعتق أبويه أو أمّه». (م ع).

(٤) انظر: «مختصر خليل» ص٣٠٠.

(٥) في (ز): (فيكون).

(٦) من قوله: (هل يثبت الولاء عليه) إلى هنا ليس في (أ).

(٧) في (أ): (فصار كما لو).

والثالث ـ وبه قال أبو حنيفة رحمه الله ـ: الفرق بين أن تكون حرية الأب مستيقنة بأن كان عربياً معلوم النسب، فلا يثبت الولاء لموالي الأم، وبين أن يكون الحكم بالحرية بناء[١] على ظاهر الدار، أو أن الأصل في الناس الحرية فيثبت لضعف حرية الأب.

ولو كان الأب معتقاً، والأم حرة أصلية، فظاهر المذهب[٢]: ثبوت الولاء عليه لموالي الأب؛ لأن الانتساب إلى الأب وهو معتق، ولهذا يثبت الولاء على ولد المعتقة.

وعن رواية الشيخ أبي محمد رحمه الله وجه ضعيف: أنه لا ولاء عليه؛ تغليباً للحرية الأصلية من أحد الطرفين.

وعلى هذا، فإنما يسترسل الولاء على الأحفاد الذين ليس في أحد طرفيهم حر أصلي.

وقوله في الكتاب ثانياً: (ويسترسل الولاء على أولاد المعتق)، هو الذي اشتمل عليه قوله أولاً: (ويسترسل الولاء على أولاد المعتق وأحفاده)، وإنما أعاده لتعقبه[٣] باستثناء ما يحتاج إلى استثنائه.

وذكر ظاهر المذهب فيمن أحد أبويه حر أصلي، وهو أنه لا ولاء على (من أبوه حر أصلي ما مس الرق أباه)، يعني: وأمه معتقة، وأنه يثبت الولاء على من (أمه حرة أصلية)، وأبوه معتق.

ثم أشار إلى وجه ثبوت الولاء في الصورة الأولى بقوله: (ومنهم من سوى في

---

(١) قوله: (بناء) ليس في (ز).

(٢) انظر: «الوسيط» (٧/ ٤٨٤)، و«التهذيب» (٨/ ٤٠٣)، و«الروضة» (١٢/ ١٧١)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٥٠٧).

(٣) في (ي): (لتعديه)، وفي (ظ): (لتعينه).

إثبات الولاء)، ثم إلى[1] الوجه الضعيف فيما إذا كانت الأم حرة أصلية بقوله: (ومنهم من سوى في النفي).

ويجوز أن يعلم قوله: (وكذا[2] إن كان فيهم من أبوه حر أصلي)؛ لمصيره إلى التفصيل المذكور. وأن يعلم قوله: (في إثبات الولاء) بالميم.

فرع:

من أمه حرة أصلية وأبوه رقيق، لا ولاء عليه لأحدٍ ما دام الأب رقيقاً، فإن أعتق فهل يثبت الولاء عليه لمولى الأب؟ قال الشيخ أبو علي رحمه الله: فيه جوابان سمعتهما من شيخي في وقتين، وهما محتملان[3]:

أحدهما: أنه يثبت؛ لأنه ثبت الولاء على الأب بالإعتاق، وإنما لم يثبت في الابتداء؛ لرق الأب.

والثاني: المنع؛ لأنه لم يثبت في الابتداء، فلا يثبت بعده، كما لو كان الأبوان حرين.

* * *

(١) من قوله: (وجه ثبوت الولاء) إلى هنا ليس في (ظ).

(٢) في (ظ): (وكان إذا).

(٣) في (أ): (محملان).

قال:

(وأما التقديم؛ فلا ولاءَ معَ مباشرةِ العتقِ لغيرِه، فإن لم يكُن مُباشِراً[(١)] بأن حَصَلَ في نكاحِ الغرورِ من رقيقَينِ أو من مُعتقَين، فالولاءُ لمعتقِ الأب، فإن[(٢)] كانَ الأبُ رقيقاً بعد، فلمُعتِقِ الأمِّ إلى[(٣)] أن يَعتِقَ الأب، فيَنجَرُّ إليه، ويَستقرُّ عليه، وإن[(٤)] كانَ رقيقاً، فأعتقَ أبو الأب، انجرَّ الولاءُ إليه ثم يَنجرُّ منه إلى مُعتقِ الأبِ إن أعتق. وقيل: لاَ ينجرّ؛ لأن الأبَ رقيق، فلا يَنجَرُّ إلى أبيه[(٥)]، والمولودُ من[(٦)] حُرَّينِ إذا[(٧)] كانَ أجدادُه أرقاء يَثبتُ الولاءُ عليه بعتقِ أمِّ الأمِّ إذا أعتقَها، ثم منه يَنجرُّ إلى مُعتقِ أبي الأم، ثم منه إلى معتقِ أمِّ الأب، ثم منه إلى مُعتِقِ أبي الأبِ ويَستقرُّ عليه، إلا أن يكونَ الأبُ رقيقاً فيَنجَرُّ إلى مُعتقِ الأبِ ويَستقرُّ عليه[(٨)]).

بان في الفصل السابق: أن الولاء على الشخص يثبت بمباشرة إعتاقه أو عتقه في ملك الإنسان يثبت أيضاً متعدياً من إعتاق بعض أصوله.

---

(١) في (أ): (مباشرة).

(٢) في (ظ): (وإن).

(٣) في (ظ): (إلا).

(٤) في (ظ): (ولو).

(٥) في (أ): (ولا إلى ابنه)، وفي (ز): (فلا ينجر إليه).

(٦) في (أ) و(ي): (بين).

(٧) في (أ): (إن).

(٨) من قوله: «إلا أن يكون الأب رقيقاً» إلى هنا سقط من الأصل، وأثبتناه من كتاب «العزيز» المطبوع (١٣/ ٣٨٩). (م ع).

والغرض الآن بيان الترتيب، فجهة مباشرة العتق مقدمة على جهة تعدي الولاء من الأصول.

واعلم أن قولنا: «يقدم أحد الشخصين على الآخر»: نريد به في الغالب أنهما إذا اجتمعا كان الأول أولى من الثاني، فإن لم يوجد الأول، قام الثاني مقامه، كما نقول: الابن يقدم على ابن الابن في العصوبة، والأب يقدم على الجد في الولاية، وليس المقصود الآن هذا، بل مهما مس الشخص رق ولحقه إعتاق، فلا ولاء عليه لمعتق أمه وأبيه ولا واحد من أصوله على ما تبين[1] في الفصل السابق.

وقوله في الكتاب: (فلا ولاء عليه مع مباشرة العتق لغيره)، ليس معناه أنه لا ولاء لغيره مع وجوده فحسب، بل سواء وجد في الحال، أو لم يوجد، فالمباشر إعتاقه لا ولاء عليه لمعتقي أصوله، وذلك لأن نعمة من أعتقه عليه أعظم من نعمة من أعتق بعض أصوله، فيخصص بالولاء، فإن لم يوجد فالولاء لعصباته، وأما إذا خلق الشخص حراً وأبوه عتيق، يثبت الولاء عليه لمعتق أبيه، وهذا قد يصور في الأبوين الرقيقين بأن يُغرّ الرقيق بحرية أمةٍ فينكحها، ويولدها على ظن الحرية، فإن الولد يكون حراً، وفي وطء الشبهة بأن يطأ الرقيق أمة الغير، على ظن أنها زوجته الحرة، وقد يصور فيما إذا كانت الأم حرة أصلية أو معتقة، ومعتق الأب أولى بثبوت الولاء من معتق الأم؛ لأن الولاء تِلْو النسب، والنسب إلى الآباء دون الأمهات، وأيضاً فإن الولاء والإرث به مبنيان على الأقوى فالأقوى، ولذلك[2] ينفرد به المذكور من أولاد المعتق، وجانب الابن أقوى من جانب الأم، وإن كان الأب رقيقاً والأم معتقة فيثبت الولاء لمعتق الأم؛ لأنا عجزنا عن إثبات الولاء من جهة الأب إذْ لا ولاء عليه، ولمعتق الأم نعمة عليه،

---

(١) في (أ): (بيِّن).

(٢) في (ظ): (ولهذا).

فإنه عتق بعتق الأم، فإن مات والأب رقيق بعد ورث معتق الأم منه بالولاء، وإن عتق الأب في حياته انجرّ الولاء من معتق الأم إلى معتق الأب، يروى ذلك عن عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وزيد بن ثابت رضي الله عنهم ولا مخالف لهم، والمعنى فيه أن ثبوت الولاء لموالي الأم كان لضرورة أنه لا ولاء على الأب، فإذا أعتق وثبت الولاء، زالت الضرورة، فرددناه إلى موالي الأب.

ولو مات الأب رقيقاً وعتق الجد، انجرّ أيضاً من موالى الأم إلى موالى الجد.

ولو أعتق الجد والأب رقيق، فهل ينجرّ من موالي الأم إلى موالي الجد؟ فيه وجهان ـ كالوجهين فيما إذا أسلم الجد والأب حي كافر، هل نحكم بإسلام الطفل؟ ـ:

أظهرهما: أنه ينجرّ، وبه قال مالك رحمه الله[1]، وعلى هذا فلو عتق الأب بعد ذلك انجرّ من موالي الجد إلى موالي الأب؛ لأن الجد إنما جره لكون الأب رقيقاً، فإذا أعتق كان هو أولى بالجرّ.

والثاني: لا ينجرّ، وبه قال أبو حنيفة[2] وأبو علي بن أبي هريرة والطبري رحمهم الله، وعلى هذا، فلو مات الأب بعد عتق الجد، فهل ينجرّ إلى[3] موالي الجد بالعتق السابق؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنه إنما لم ينجرّ لبقاء الأب رقيقاً، فإذا مات زال المانع.

والثاني: لا؛ لأنه لما امتنع الجرّ عند العتق، استقرّ الولاء لموالي الأم، فلا جرّ بعد ذلك.

---

(١) انظر: «مختصر خليل» ص٣٠١.

(٢) انظر: «الهداية» (٣/ ٢٧٥).

(٣) في (ي): (من).

وهذا كما أنه إذا أسلم الجد والأب حي كافر، وقلنا لا يتبعه الطفل في الإسلام، فإذا مات الأب كافراً لا يتبعه أيضاً.

ولو سُبي الطفل مع أبويه وهما كافران، لا نحكم بإسلامه، فإذا ماتا كافرين لا نحكم بإسلامه أيضاً؛ لدوام السبي، وهذا أصح عند الشيخ أبي علي رحمه الله، والأول هو المذكور في «التهذيب»[1].

وإذا ثبت الولاء لموالي الأم على ولد المعتقة لرق الأب، فلو اشترى الولد أباه ثبت له الولاء عليه وعلى إخْوَته وأَخَوَاته الذين هم أولاده.

وهل ينجرّ ولاء نفسه من موالي الأم؟ فيه وجهان:

أصحهما ـ وهو المنصوص[2] ـ: لا، بل يبقى ولاؤه لموالي الأم؛ لأنه لا يمكن أن يكون له على نفسه ولاء، ولهذا إذا اشترى العبد نفسه يعتق ويكون الولاء للسيد، وكذا المكاتب إذا أعتق بأداء النجوم، وإذا تعذر الجرّ بقي في موضعه.

والثاني ـ وينسب إلى تخريج ابن سريج، واختاره أبو خلف السلمي رحمهما الله ـ: أنه ينجرّ كما لو أعتق الأب غيره، ثم[3] يسقط ويصير كحرّ لا ولاء عليه والذي خلق حراً من أبوين حرين إذا كان أجداده أرقاء، ويتصور ذلك في نكاح الغرور، وفي الوطء بالشبهة إذا أعتقت أم أمه، يثبت الولاء عليه لمعتق أم الأم، فإن عتق أبو أمه بعد ذلك

---

(١) انظر: «التهذيب» (٨/ ٤٠٤) (٦/ ١٦٧)، وانظر: «الروضة» (١٢/ ١٧٢) حيث قال: «قلت: الانجرار أقوى».

(٢) انظر: «المختصر» ص٣٢٢، و«الحاوي» (٢٢/ ١١٠)، و«الروضة» (١٢/ ١٧٢)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٥٠٨).

(٣) في (ي): (لم).

انجرّ الولاء من معتق الأم إلى معتق أبي[١] الأم، فإن أعتق[٢] أم أبيه بعد ذلك انجرّ ولاؤه من معتق أبي الأم إلى معتق أم الأب، فإن أعتق أبو أبيه بعد ذلك انجرّ الولاء من معتق أم الأب إلى معتق أبي الأب.

ولو كانت المسألة بحالها لكن أبوه رقيقٌ فأعتق الأب بعد عتق هؤلاء، انجرّ الولاء من معتق أبي الأب إلى معتق الأب، واستقرّ عليه. والسبب في ذلك: أن جهة الأبوّة أقوى من جهة الأمومة، فينجرّ من الأضعف إلى الأقوى.

ولو عتقوا على ترتيب آخر لم يخف الحكم.

وإذا أثبتنا الولاء لموالي الأم فمات الولد أخذوا ميراثه، فإن عتق الأب بعد ذلك لم يكن لمعتقه استرداد، بل الاعتبار بحالة الموت ولم يكن له ولاء حينئذ، وليس معنى الانجرار أنا نتبين أن الولاء لم يزل في جانب الأب، بل ينقطع من وقت عتق الأب عن موالي الأم، فإذا انجرّ الولاء إلى موالى الأب فلم يبق منهم أحد، فلا يعود إلى موالي الأم، بل يكون الميراث لبيت المال.

وكذلك إذا ثبت الولاء لموالي الأب ففنوا لم يصر الولاء لموالي الجد حتى لو مات الذي انجرّ ولاؤه من موالي جده إلى موالي أبيه حينئذ فميراثه لبيت المال.

وقوله في الكتاب: (بأن حصل في نكاح الغرور من رقيقين)، يعني ثم أعتق الأب، ولا يشترط للتصوير كون الأب رقيقاً عند الغرور والإيلاد، بل لو كان معتقاً كان الحكم كذلك.

وقوله[٣]: (أو من معتقين)، لا يتعلق بنكاح الغرور، بل ولدهما حرّ على الإطلاق.

---

(١) في (ي): (الأب).

(٢) في (ي): (أعتقت).

(٣) قوله: (وقوله) ليس في (ظ).

وقوله: (لم ينجرّ[١] الولاء إليه)، معلم بالحاء. وقوله: (ولا ينجرّ[٢])، بالميم.

وقوله: (ثم منه ينجرّ إلى معتق أبي الأم ثم منه إلى معتق أم الأب) إلى آخره، يعني إذا أعتقوا على هذا الترتيب.

وقوله[٣]: (إلا أن يكون الأب رقيقاً)، ليس باستثناء محقق؛ لأنه صور أولًا في المولود من حرين، فلا يدخل فيه ما إذا كان الأب رقيقاً حتى يستثنى منه، ولكنه استثناء منقطع.

قال:

(ومن أعتقَ أمةً حاملاً من مُعتقٍ فولاءُ الجنينِ له؛ لأنه مُباشِر، لا لمعتقِ الأب، ولكن ذلك إذا[٤] أتَت به[٥] لأقلَّ من ستّةِ أشهرٍ من وقتِ إعتاقِ الأم، فإن كانَ لأكثرَ[٦] والزَّوجُ[٧] يَفترشُها فالولاءُ لموالي الأب، وإن كانَ لا يَفترشُها وهو لأقلَّ من أربعِ سنين، فقولان).

إذا أعتق جارية[٨] وهي في نكاح معتق، فأتت منه بولد لأقل من ستة أشهر من

(١) في (أ) و(ظ): (انجرّ).

(٢) في (ظ): (لا ينجرّ).

(٣) في (ظ): (في الكتاب).

(٤) في (ز): (إن).

(٥) في (ظ): (منه).

(٦) في (ظ): (أكثر).

(٧) قوله: (الزوج) ليس في (ظ).

(٨) في (ي): (جاريته).

يوم الإعتاق، فولاء الجنين لمعتق الجارية لا لمعتق ابنه؛ لأنا تيقنا وجوده يوم الإعتاق، فمعتقه باشر إعتاقه بإعتاقها[١]، وولاء المباشرة مقدم على ما مرّ.

وإن أتت به لستة أشهر فصاعداً، فإن كان الزوج يفترشها، فولاؤه لمعتق الأب؛ لأنا لا نعلم وجوده يوم الإعتاق، والأصل عدمه، والافتراش سبب ظاهر للحدوث بعده.

وإن كان لا يفترشها وأتت به لأربع سنين من وقت الإعتاق فكذلك.

وإن أتت به لأقل من أربع سنين فقولان؛ لأن ثبوت النسب يدل على تقدير وجوده حينئذ، ولكن النسب يكفي فيه الإمكان وقد لا يكتفي في الولاية، وثبتت المسألة في أحوالها[٢] على ما إذا أوصى لحمل[٣] فلانة، وقد ذكرناه في الوصية، وبينا أن الأظهر في صورة الخلاف أنه يستحق الوصية، فعلى قياسه يكون الولاء لمعتق الأم دون معتق الأب.

ولو أعتق جاريته وهي في نكاح رقيق فأتت بولد لما دون ستة أشهر من يوم الإعتاق، فولاؤه لمعتق الأم بالمباشرة، وإذا أعتق الأب لم ينجرّ الولاء إلى معتقه.

وإن أتت به لستة أشهر فصاعداً، قال في «التهذيب»[٤]: إن لم يفارقها الزوج، فولاؤه لمولى الأم، فإذا عتق الأب ينجرّ الولاء إلى معتقه؛ لأنا لم نتحقق وجوده يوم إعتاق الأم، وإن كان الزوج قد فارقها.

---

(١) في (ظ): (بإعتاقه).

(٢) في (أ): (أخواتها).

(٣) في (ي) و(ظ): (بحمل).

(٤) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٤٠٤).

فإن أتت[١] به لأكثر من أربع سنين من يوم الفراق، فالولد منفي عن الزوج، وولاؤه لمعتق الأم أبداً.

وإن أتت به لأقل من أربع سنين، فالولد ملحق بالزوج وولاؤه لمعتق الأم، فإذا أعتق الأب[٢] ففي انجرار الولاء إلى معتقه قولان:

أحدهما: لا ينجرّ؛ لأنا جعلناه موجوداً يوم الإعتاق؛ لثبوت النسب من الزوج، فيكون عتقه بالمباشرة.

والثاني: ينجرّ ونجعله حادثاً بعد عتق الأم، ويخالف النسب، فإنا نُثبته بمجرد الإمكان.

ولو نفى الزوج المعتق ولد زوجته المعتقة باللعان، لم نحكم بأن ولاء الولد لموالي الأب ويكون في الظاهر[٣] لموالي[٤] الأم، فإن كذّب الملاعن نفسه، لحقه الولد، وحكمنا بالولاء لمواليه، فإن كان قد مات الولد بعد اللعان ودفعنا الميراث إلى موالي الأم، استرددنا منهم بعد الاستلحاق ما أخذوا؛ لأنه تبيّن أنه لم يكن لهم ولاء.

ولو غُرَّ بحرية أمةٍ فنكحها وأولدها على ظنٍّ أنها حرة ثم علم أنها أمة فأولدها ولداً آخر، فالولد الأول حر، والثاني رقيق.

فلو أعتق السيد الأمة والولد الثاني، ثم عتق الأب، انجرّ ولاء الولد الأول إلى معتق الأب، ولم ينجرّ إليه ولاء الثاني؛ لأن عليه ولاء المباشرة.

ولو نكحها وهو يعلم أنها أمة وأولدها ثم أعتقت فأولدها ولداً آخر، فالثاني حرٌّ وولاؤه لمعتق الأب، والأول مملوك وولاؤه لمعتقه.

---

(١) في (ظ): (فأتت).

(٢) في (ظ): (الأم).

(٣) في (ظ): (المظاهرة).

(٤) في (أ): (لمولى).

قال رحمه الله:

(النظرُ الثاني: في الحكم، وحكمُ الولاءِ العصوبة، فيفيدُ الميراثَ وولايةَ التَّزويج، وتحمُّلُ العقلِ والولاءُ للمعتق، فإن ماتَ فميراثُ العَتيقِ لأولى عصباتِه يومَ موتِ العتيق[١]، فلو خلَّفَ ابناً وبنتاً أو أباً وأماً، فلا[٢] ميراثَ للبنتِ والأم[٣]، بل لا يَثبتُ الولاءُ أصلًا لامرأةٍ إلا إذا باشرَت العتق، فلها الولاءُ عليه، وعلى أحفادِه وعتيقِه، وعتيقِ عتيقِه، كالرَّجل، والأخُ لا يُقاسِمُ الجدَّ في الولاءِ في أحد القولَين، بل هو أولى، وابنُ الأخِ أيضاً أولى من الجدِّ على هذا القول؛ لقوّةِ البُنوَّة، والأخُ من الأبِ والأمِّ مُقدَّمٌ على الأخِ من الأب؛ في أصحِّ القولَين[٤]، ولا يُعادُ بالأخِ للأبِ إن رأَينا المُقاسمةَ بينَ الجدِّ والإخوة، وإذا[٥] اجتمعَ ابنُ[٦] المعتق ومعتقُ الأب، فلا ولاءَ لمُعتقِ الأبِ أصلاً؛ لأن على الميِّتِ ولاءُ المباشرةِ[٧] فالمالُ لعَصبةِ[٨] معتقِه وهو الأب، وكذلكَ قد يُظَنُّ أن مُعتِقَ أبي المُعتِقِ أولى من مُعتِقِ المُعتق، وهو غلط).

---

(١) في المطبوع من كتاب «العزيز» (١٣/ ٣٩٣): «موت المعتق». (م ع).

(٢) في (ز): (وأباً وأماً، ولا).

(٣) في (ي) و(ظ): (للأم والبنت).

(٤) في (ظ): (على أصحّ الطريقين).

(٥) في (ظ): (فإن).

(٦) في (ز): (أب).

(٧) في (ز): (مباشرة).

(٨) في (أ) و(ي): (لعصبات).

قد ذكرنا في أول الولاء: أن النظر في سببه وحكمه، وقد حصل الفراغ من النظر في سببه.

وأما حكمه، فالولاء إحدى جهات العصوبة[١]، ومن يرث به لا يرث إلا بالعصوبة، ويتعلق به ثلاثة أحكام الميراث، وولاية التزويج وتحمل العقل[٢]، وقد ذكرناها في مواضعها.

وإذا مات العتيق ولا وارث له من جهة النسب، فولاؤه لمعتقه يرث جميع ماله، وإن كان له من يرث بالفرضية، وفضل شيء، أخذ المعتق ما فضل عن الفرض.

ثم في الفصل مسائل:

إحداها: إن لم يكن المعتق حياً، وَرِث بولايةِ أقرب عصباته، ولا يرث أصحاب فروض المعتق، ولا الذين يتعصبون بغيرهم، فإن لم يجد للمعتق عصبة من النسب، فالميراث لمعتق المعتق، فإن لم يبق فلعصبات معتق المعتق، فإن لم يوجد فلمعتق معتق المعتق، ثم لعصباته، ولا ميراث لمعتق عصبات المعتق إلا لمعتق أبيه أو جده.

قال الإمام[٣] رحمه الله: وهذا بعينه هو الذي ذكرناه في تعدي الولاء، يعني إلى الأولاد والأحفاد ومعتقيهم[٤].

وأوضحه بالمثال فقال: زيد أعتق سالماً، فولد لسالم[٥] ابن اسمه عبد الله، فأعتق

---

(١) في (ظ): (فالولاء أحد العصوبة).

(٢) العقل: الدية، ومنه قولهم: عَقَلَ القتيل فهو عاقل إذا غرم دِيَتَهُ، وتسمى الجماعة عاقلة، وسُمِّيت الدية عقلاً، لأن الإبل كانت تُعْقَلُ بفناء أولياء المقتول، أي تشد في عُقُلِها لتسلم إليهم ويقبضوها. انظر: «المصباح المنير» (٢/ ٤٢٢). وانظر: «المطلع على أبواب المقنع» ص٣٦٨.

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٢٩٣).

(٤) في (أ): (ومعتقهم).

(٥) في (ظ): (سالم).

عبد الله عبداً ومات عبد الله وأبوه سالم وبقي معتق أبيه زيد، ثم مات عتيق عبد الله، ورثه زيد؛ لأنه لما ثبتت له النعمة على سالم أبي عبد الله، ورث بولائه، ثم للأصحاب رحمهم الله عبارة ضابطة لمن يرث بولاء المعتق إذا لم يكن المعتق حياً، وهي أنه يرث العتيق بولاء المعتق ذكر، يكون عصبة للمعتق لو مات المعتق يوم موت العتيق بصفة[(١)] العتيق، وخرجوا عليها مسائل:

منها: إذا مات العتيق، وللمعتق ابن وبنت، أو أب وأم، أو أخ وأخت، فالميراث للذكر في هذه الصورة دون الأنثى، ولا يرث النساء بولاء الغير أصلاً.

نعم، إذا باشرت المرأة الإعتاق، أو عتق[(٢)] عليها مملوكٌ لها، ثبت لها الولاء عليه كما للرجل؛ لقوله ﷺ: «الولاء لمن أعتق»[(٣)]، وروي: «أن بنتاً لحمزة أعتقت جارية فماتت الجارية عن بنت وعن المعتقة، فجعل النبي ﷺ نصف ميراثها للبنت، والنصف للمعتقة»[(٤)].

---

(١) في (ظ): (لصفة).

(٢) في (أ): (أعتق).

(٣) الحديث متفق عليه، وقد سبق تخريجه في (٦/ ٢٣).

(٤) الحديث قال عنه ابن حجر في «التلخيص» (٣/ ٨٠): «النسائي وابن ماجه من حديثها، وفي إسناده ابن أبي ليلى القاضي، وأعله النسائي بالإرسال، وصحّح هو والدارقطني الطريق المرسلة. وفي الباب عن ابن عباس أخرجه الدارقطني. تنبيه، صرّح الحاكم في «المستدرك» في هذا الحديث، بأنّ اسمها أمامة، ورواه أحمد في «مسنده» من طريق قتادة عن سلمى بنت حمزة، فذكره. قال البيهقي: اتفق الرواة على أنَّ ابنة حمزة هي المعتقة. وقال إبراهيم النخعي: توفي مولى لحمزة بن عبد المطلب، فأعطى النبي ﷺ ابنة حمزة النصف طعمة، قال: وهذا غلط. قلت: قد روى الدارقطني من حديث جابر بن زيد عن ابن عباس: أن مولى لحمزة توفي وترك ابنته وابنة حمزة، فأعطى النبي ﷺ ابنته النصف وابنه حمزة النصف. وجاء في «مصنف ابن أبي شيبة» أنها فاطمة، وأخرجه الطبراني في «الكبير» أيضاً».

انظر: «سنن ابن ماجه» (٢/ ٩١٣)، كتاب الفرائض، باب ميراث الولاء، و«سنن البيهقي» (١٠/ ٥١٠)، =

وكما يثبت لها[١] الولاء على عتيقها، يثبت على أولاده وأحفاده وعتيقه كالرجل، والقول في أن المرأة لا ترث بولاء الغير، وترث بولاء المباشرة، قد ذكره مرة على الاختصار في الفرائض[٢]، وشرحناه حكمًا وتوجيهاً.

ومنها: لو أعتق عبداً ومات عن اثنين، فولاء العتيق لهما، فإن مات أحدهما وخلف ابناً فولاء العتيق لأخيه، وإن كان ميراثه لابنه؛ لأنه لو مات المعتق يوم موت العتيق، كان عصبته الابن دون ابن الابن.

وهذه الصورة ونحوها معنى ما روي عن عمر وعثمان رضي الله عنهما: «أن الولاء للكبر»[٣]، والمراد: الكبر في الدرجة والقرب دون السن.

ولو مات المعتق عن ثلاث بنين، ومات أحد البنين عن ابن، وآخر عن أربعة، وآخر عن خمسة، فالولاء بينهم بالسوية، حتى إذا مات العتيق ورثوه أعشاراً؛ لأنه لو مات المعتق يومئذٍ ورثوه كذلك.

ولو ظهر للمعتق مال، كان ثلثه للابن، وثلثه للأربعة، وثلثه للخمسة؛ لأن المال انتقل إلى آبائهم، ثم من الآباء إليهم.

= كتاب الولاء، باب الولاء للكبر، ثم قال: «هذا مرسل، وقد روي من أوجهٍ أخر مرسلاً، وبعضها يؤكّد بعضاً، وقد مضى ذلك بشواهده ...».

(١) في (أ): (له).

(٢) انظر: «الوجيز» (١/ ٢٦٣)، و«العزيز» (٦/ ٤٧٩-٤٨٠).

(٣) قال الحافظ ابن حجر في «التلخيص» (٤/ ٢١٥): «حديث عمر وعثمان «أنَّ الولاء للكبَر»، رواهما البيهقي من طريق سعيد بن المسيّب عنهما، ورواه عبد الرّزاق عن الثوري عن منصور عن إبراهيم، «أنّ عمر وعلياً وزيد بن ثابت كانوا يجعلون الولاء للكبَر»، وعن يزيد عن أشعث عن الشعبي عن الثلاثة مثله، ورواه سعيد بن منصور من طريق مغيرة عن إبراهيم عن علي وزيد بن عبد الله». اهـ.
انظر: «سنن البيهقي» (١٠/ ٥١٠)، كتاب الولاء، باب الولاء للكبَر. «المصنف» (٩/ ٣٠)، كتاب الولاء، باب الولاء للكبَر. وقد ورد بهامشه تعريف الكبَر: «يعنون بالكبَر: ما كان أقرب بأب أم أم».

ولو أعتق عبداً ومات عن أخ من الأبوين، وآخر من الأب، فماله للأخ من الأبوين، وكذا ولاء عتيقه على الأصح.

فلو مات الأخ من الأبوين وخلف ابناً والأخ[1] الآخر، فولاء العتيق للأخ[2]، وإن كان ميراثه للابن، لأن المعتق لو مات بدلاً عن العتيق كان عصبته الأخ[3] من الأب دون ابن الأخ من الأبوين.

ومنها: أعتق مسلم عبداً كافراً، ومات عن ابنين مسلم وكافر، ثم مات العتيق، فميراثه للابن الكافر؛ لأنه الذي يرث المعتق لو مات المعتق[4] بصفة الكفر.

ولو أسلم العتيق ثم مات، فميراثه للابن المسلم، ولو أسلم الابن الكافر ثم مات العتيق مسلماً، فالميراث بينهما. ذكره في «التهذيب»[5].

المسألة الثانية: الذين يرثون بولاء المعتق من عصباته يترتبون ترتب عصبات النسب إلا في مسائل مذكورة في الفرائض:

منها: أخ المعتق وجده إذا اجتمعا متساويان في أحد القولين، ويتقاسمان[6] كما في النسب، ويتقدم الأخ في أصحهما، وإذا قلنا به، تقدم ابن الأخ أيضاً، وإن رأينا المقاسمة فالأخ من الأبوين لا يعاد بالأخ من الأب على الظاهر.

وفيه وجه آخر ذكرناه في الفرائض[7].

---

(١) قوله: (الأخ) ليس في (ظ).

(٢) في (ظ): (للأخ من الأبوين).

(٣) في (ز): (عصبة للأخ).

(٤) قوله: (لو مات المعتق) ليس في (أ).

(٥) انظر: «التهذيب» للبغوي (٨/ ٤٠٠ - ٤٠٣)، و«الروضة» (١٢/ ١٧٦).

(٦) في (ظ): (فيتقاسمان).

(٧) انظر: «الوجيز» (١/ ٢٦٢)، وما سلف (١١/ ١٢٣- ١٢٤).

وإذا راجعت الشرح هناك، أعلمت قوله هاهنا: (والأخ لا يقاسم) بالحاء والألف.

وقوله: (ولا يعاد) بالواو.

ولو قدم قوله: (ولا يعاد بالأخ من الأب) على مسألة الأخ من الأبوين، والأخ من الأب[١]، لكان أحسن؛ لأنه يتعلق بصورة الجد والإخوة[٢].

ومنها: في أخ المعتق من الأبوين مع[٣] أخيه من الأب طريقان:

أصحهما: تقديم الأخ من الأبوين.

والثاني: أن فيه قولين، وهو المذكور في الكتاب.

ويجوز إعلام لفظ (القولين) بالواو.

والمسألتان معاً مذكورتان في الكتاب[٤]، في الفرائض، معادتان هاهنا، لكن مع زيادات.

ومنها[٥]: حكى الإمام[٦] عن أبي حامد المروروذي رحمهما الله: أنه إذا كان للمعتق ابنا عم، أحدهما أخ لأم، فالميراث كله للذي هو أخ لأم. قال: ولم نر هذا إلّا له، وهو غلط عند المحققين؛ لأن أخوّة الأم لا توجب قوة في النسب، فكيف توجب القوة في الولاء؟ والوجه: الحكم باستوائهما، وقد أوردنا الصورة في الفرائض.

---

(١) قوله: (والأخ من الأب) ليس في (ز) و(ح).

(٢) في (ي): (والأخ).

(٣) في (ظ): (من).

(٤) من قوله: (ويجوز إعلام لفظ القولين) إلى هنا ليس في (ظ).

(٥) في (أ): (وهاهنا).

(٦) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٢٩٥).

وإذا تأملت ما أوردناه هناك، عرفت أن المذهب ما حكاه عن أبي حامد، وتعجب مما ساقه الإمام هاهنا[١].

الثالثة[٢]: الانتساب في الولاء، قد ينتظم من محض الإعتاق، كمعتق المعتق، ومعتق معتق المعتق. وقد ينتظم مركباً من[٣] الإعتاق والنسب، كمعتق الأب، وأبي المعتق، ومعتق أبي المعتق. وقد سبق تصوير معتق أبي المعتق، وأنه وارث في الجملة.

وإذا تركب الانتساب، فقد يشتبه[٤] حكم الولاء ويغالط به المغالط، مثل أن يقول: إذا اجتمع أبو المعتق ومعتق الأب، فأيهما أولى؟ والجواب: أنه إذا كان للميت أبو معتق كان له معتق، وكان قد مسه الرق ولحقه العتق، وحينئذ فلا ولاء لمعتق أبيه أصلاً كما سبق، فلا معنى لمقابلة أحدهما بالآخر، وطلب الأولوية.

وإذا اجتمع معتق أبي المعتق ومعتق المعتق، فمعتق المعتق أولى؛ لأنه يستحق[٥] ولاء المعتق[٦] بالمباشرة، ومعتق أبيه يستحقه[٧] بالسراية، وولاء المباشرة أقوى، ولذلك لا ينجرّ ولاء المباشرة، وينجرّ ولاء السراية[٨].

وإذا اجتمع معتق أبي المعتق، ومعتق معتق المعتق، فقد يظن ظناً غلطاً؛ لأن[٩] الأول أولى لإدلائه[١٠] بالولادة.

---

(١) قوله: (هاهنا) ليس في (أ).

(٢) في (ز): (المسألة الثانية).

(٣) في (ظ): (كما مرَّ في).

(٤) في (ظ): (يشبه).

(٥) في (ظ): (مستحق).

(٦) في (أ): (العتق).

(٧) في (ظ): (يستحق).

(٨) في (ظ): (ولذلك ينجز ولاء السراية).

(٩) في (أ): (قد).

(١٠) في (ي) و(ظ): (لا ولاية)، [وفي (أ): (لا ولائه)، والمثبت من (ز) هو الصواب، قال في =

والصواب: أن الثاني أولى؛ لأن المعتق الأخير في النسبة المذكورة انتسب إليه شخصان، أحدهما معتق أبيه، والثاني معتق معتقه، ومن له معتق فقد مسه الرق، ويثبت عليه ولاء المباشرة وهو أقوى، ذكره الإمام[١] وغيره.

قال رحمه الله:

(فروع:

الأول[٢]: اشترى أخٌ وأختٌ أباهما فعَتقَ عليهما، ثم أعتقَ الأبُ عبداً ولم يُخلِّف العتيقُ إلا الأخَ والأخت[٣]، فالمالُ كلُّه للأخ؛ لأنه عصبةُ المعتق، ولا شيءَ للبنتِ التي هي مُعتقةُ المعتق، بل لو خَلَّفَ ابنَ عمِّ المُعتقِ والبنت، لكانَ ابنُ العمِّ أولى، ولو ماتَ هذا الأخُ ولم يُخلِّف إلا أختَه، فلها ثلاثةُ أرباعِ ميراثِه، النِّصفُ بالأخوّة، والنِّصفُ الباقي بولائِها على نصفِ أبيه؛ لأن أخاها ولدُ مُعتقِها. وكذلك[٤] إن ماتَ الأبُ ولم يُخلِّف إلا البنت، فلها النِّصفُ بالبُنوَّةِ والنِّصفُ الباقي لولائِها على نصفِ الأب).

إذا اشترت المرأة أباها فعتق عليها، ثم أعتق الأب عبداً، ومات عتيقه بعد موته، نظر: إن لم يكن للأب عصبة من النسب فميراث العتيق للبنت؛ لا لأنها بنت

= «الوسيط» (٧/ ٤٨٨) ـ (تحقيق أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، دار السلام، القاهرة) ـ «وكذلك قد يظن أنه معتق أب المعتق أولى من معتق معتق المعتق، لأنه يدلي بالولاية، حيث توسط الأب، وهو غلط، لما ذكرناه من أن للميت معتقاً، فولاؤه بالمباشرة، فلا حقّ فيه لمن يدلي بإعتاق أبيه». (م ع)].

(١) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٢٩٧).

(٢) قوله: (الأول) ليس في (أ).

(٣) في (أ): (الأخت).

(٤) في (ز): (ولو مات).

معتقه، فقد سبق أن بنت المعتق لا ترث، ولكن لأنها معتقة المعتق.

وإن كان له عصبة من أخ أو عم أو ابن عم قريب أو بعيد، فميراث العتيق له؛ لأنه عصبة المعتق من النسب، ولا شيء للبنت؛ لأنها معتقة المعتق، ومعتق المعتق يتأخر عن عصبة النسب.

قال الشيخ أبو علي رحمه الله: وسمعت بعض الناس يقول: قد أخطأ في هذه المسألة أربعمئة قاضٍ؛ لأنهم رأوها أقرب، وهي عصبة له بولائها عليه.

ولو اشترى أخ وأخت أباهما، فعتق عليهما، ثم إنه أعتق عبداً، ومات العتيق بعد موت الأب، وخلف الأخ والأخت، فميراثه للأخ دون الأخت، من جهة أنه من عصبة المعتق من النسب، وهي معتقة المعتق.

بل لو كان الأخ قد مات من قبل موت أبيه، وخلَّف ابناً أو ابن ابن، أو كان للأب المعتق ابن عم بعيد، فهو أولى من البنت.

ولو مات هذا الأخ بعد موت الأب ولم يخلف إلا أخته[١]، فلها نصف الميراث بالأخوة، ونصف الباقي؛ لأن لها نصف ولاء الأخ؛ لإعتاقها نصف الأب، فيسترسل الولاء على أولاده، ويكون لها نصف ولاء الأخ، وللأخ نصف ولائها، فيجتمع لها ثلاثة أرباع الميراث، النصف بالأخوة، والربع بأنها معتق نصف الأب.

ولو مات الأب ثم مات الابن ثم مات العتيق، ولم يخلف إلا البنت، فلها ثلاثة أرباع الميراث أيضاً، النصف؛ لأنها معتقة نصف المعتق، ونصف الباقي؛ لثبوت ولاء السراية على نصف الأخ بإعتاقها نصف ابنه فهي معتقة نصف أبي معتق معتقه.

والربع الباقي في هذه الصورة والتي قبلها لبيت المال.

---

(١) في (أ): (أخيه).

وأما قوله في الكتاب: (وكذلك[١] إن مات الأب ولم يخلف إلا البنت، فلها النصف بالبنوة، ونصف الباقي؛ لولائها على نصف الأب)، فهذه الصورة[٢] لا ذكر لها في «الوسيط»، ولم أرَها في «النهاية» أيضاً، والمفهوم مما ساقه: انحصار حقها في النصف والربع.

لكن كلام الأصحاب رحمهم الله، منهم الشيخ أبو علي وأبو خلف السلمي في فرع آخر يُنازع في ذلك، وذلك[٣] أنهم قالوا: لو اشترت أختان أباهما بالسوية فعتق عليهما، ثم مات الأب، فلهما الثلثان، والباقي بالولاء.

ولو ماتت إحداهما بعد موت الأب، وخلفت الأخرى، فلها النصف بالأخوة ونصف الباقي بولائها على نصف الأخت بإعتاقها نصف أبيها، وأما الربع الباقي فقد أطلق في «التهذيب»[٤]: أنه لبيت المال، وليحمل ذلك على ما إذا كانت أمها حرة أصلية، فأما إذا كانت معتقة، فلموالي الأم ولاء الأختين بإعتاق الأم.

وإذا أعتقنا الأب، جرّتْ كل واحدةٍ منهما نصف ولاء أختها إلى نفسها.

وهل تجرّ ولاء نفسها ويسقط، أو يبقى لموالي الأم؟ فيه خلاف قد تقدم. فإن قلنا: يبقى لموالي الأم وهو الظاهر، فالرابع الباقي يكون لموالي الأم. وإن قلنا: تجرّ ويسقط، فهو لبيت المال.

ولو ماتت إحدى الأختين، ثم مات الأب وخلَّف الأخرى، فلها سبعة أثمان ماله، النصف بالبنوة وهو أربعة من ثمانية، ونصف الباقي وهو سهمان؛ لأنها معتقة

---

(١) في (ي): (ولذلك).

(٢) قوله: (الصورة) ليس في (ز) و(ج).

(٣) قوله: (وذلك) ليس في (أ).

(٤) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٤٠١).

نصفه، ونصف الربع الباقي وهو سهم؛ لأن الربع الباقي كان للأخت الأخرى لو كانت باقية؛ لولائها على نصف الأب، فإن كانت ميتة أخذت هذه نصفه؛ لأن لها نصف ولاء الأخت بإعتاقها نصف أبيها.

وأما الثمن الباقي إذا كانت أمها معتقة، فهو لموالي الأم على الأظهر؛ لأن نصف ولاء الميتة يبقى لهم. وإن قلنا: لا يبقى فهو لبيت المال. وصورة الكتاب مثل هذه الصورة.

ولو اشترتا الأب وعتق عليهما، ثم إنه أعتق عبداً ومات العتيق بعد موته، وخلف البنتين، فجميع المال لهما بالولاء، لا لأنهما بنتا معتقه، لكن لأنهما معتقتا معتقه.

قال[١]:

(أُختانِ خُلِقَتا حُرَّتَين، اشترَت إحداهُما أباهما والأخرى أمَّهما، فكلُّ واحدةٍ مولاةُ صاحبتِها؛ لأن ولاءَ الأمِّ لا[٢] يُمكنُ انجرارُه إلى مشتريةِ الأب؛ إذ لا يُمكنُ أن يكونَ مولى نفسِه. وقيل: إنه يَنجرُّ ويسقط، فلا ولاءَ[٣] على مُشتريةِ الأبِ لمشتريةِ[٤] الأم).

أخوان أو أختان ليس عليهما ولاء مباشرة ـ وإليه أشار في الكتاب بقوله: (خلقتا حرتين) ـ، وأبواهما مملوكان، اشترت إحداهما أباهما فعتق عليها، والأخرى أمهمـا فعتقت عليها.

---

(١) هذا هو الفرع الثاني. (م ع).

(٢) لفظة «لا» أثبتناها من (ز)، وكلام الشارح يدل عليه. (م ع).

(٣) في (ظ): (فالولاء).

(٤) قوله: (الأب لمشترية) ليس في (أ).

وتصور المسألة فيها إذا كانوا جميعاً كفاراً فخرج إلينا الولدان مسلمين، ثم استرققنا الأبوين، وفيها إذا غُرَّ عبدٌ بحرية أَمَة فنكحها، وأولدها ـ على ظن الحرية ـ ولدين.

إذا[1] عُرِف ذلك، فولاء الأب للتي[2] اشترته، فإذا مات عنهما فلهما الثلثان بالبنوة والباقي لها بالولاء، وولاء الأم للتي اشترتها، فإذا ماتت عنهما فلهما الثلثان، والباقي لها.

وأما الأختان، فلمشترية الأب الولاء على مشترية الأم تبعاً للولاء على الأب، فإذا ماتت مشترية الأم وخلَّفت مشترية الأب، فلها النصف بالأخوة، والباقي[3] بالولاء.

وهل لمشترية الأم الولاء على مشترية الأب؟ يبنى ذلك على أن من عليه الولاء لمعتق أمه، إذا اشترى أباه فعتق عليه، فهل يبقى الولاء عليه لمعتق الأم، أو يجر ولاء نفسه ويسقط؟ فيه خلاف قدمناه.

وقوله في الكتاب: (لأن ولاء الأم لا يمكن انجراره إلى مشترية الأب)، أراد به الوجه الأظهر من ذلك الخلاف، ووجه: بأنه لو انجرّ لصار هو مولى نفسه، ولا يمكن أن يكون الإنسان مولى نفسه.

وقوله: (وقيل: إنه ينجر، ويسقط)، هو الوجه المنسوب إلى ابن سريج رحمه الله وتخريجه، وقد ذكرناهما من قبل.

---

(١) في (ظ): (وإذا).

(٢) في (ظ): (للذي).

(٣) من قوله: (وأما الأختان) إلى هنا ليس في (ظ).

فإن قلنا: يبقى الولاء لمعتق الأم، فلمشترية الأم الولاء أيضاً على مشترية الأب، وإذا ماتت فالحكم كما ذكرنا في الطرف الأول. وإن قلنا: لا يبقى، فلا ولاء لها على مشترية الأب، وإذا ماتت فلها النصف بالأخوة والباقي لبيت المال.

ولو اشترت الأختان أباهما، ثم اشترت إحداهما مع الأب أبا الأب وعتق عليهما، ثم مات الابن، فللبنتين الثلثان، وللأب[١] السدس بالفرضية، والباقي بعصوبة النسب.

فإن مات الجد بعد موت الأب، فلبنتي الابن الثلثان بالبنوة، والباقي[٢] ـ وهو الثلث ـ نصفه للتي[٣] اشترته مع الأب؛ لإعتاقها نصفه، ونصفه الآخر بينهما؛ لإعتاقهما معتق نصفهِ.

ولو ماتت إحداهما بعد ذلك وخلَّفت الأخرى، فعلى ما سبق.

ولو اشترت الأختان أمهما، ثم اشترت الأم أباهما وأعتقته، فللأختين الولاء على الأم بالمباشرة، وللأم الولاء على أبيهما بالمباشرة، وعليهما؛ لأنها معتقة أبيهما.

فإن ماتت الأم بعد ذلك، فلهما الثلثان بالبنوة، والباقي بالولاء[٤]. فإن مات الأب بعد ذلك، فلهما الثلثان بالبنوّة، والباقي بالولاء؛ لأنهما معتقتا معتقه. والنساء يرثن ممن أعتقن، وممن أعتقه من أعتقن.

---

(١) في (ظ): (للأب) دون واو، وفي (ي): (أب الأب وعتق عليها).

(٢) في (أ): (والباقي بعصوبة).

(٣) في (ظ): (للذي).

(٤) من قوله: (فإن ماتت الأم) إلى هنا ليس في (ظ).

وإن ماتت إحدى الأختين بعد ذلك وخلَّفت الأخرى، فلها النصف بالأخوّة، ونصف ما بقي؛ لإعتاقها نصف معتقة أبيهما، والباقي لبيت المال.

ولو اشترت الأختان أباهما، ثم اشترت إحداهما مع الأب أخاً لها من الأب، يعتق نصفه على الأب وهو معسر[١]، وأعتقت المشترية النصف الآخر.

قال أبو خلف السلمي: إن مات الأب فماله لابنه وبنتيه[٢] للذكر مثل حظ الأنثيين.

فإن مات الأخ بعد ذلك فلأختيه الثلثان، والباقي: نصفه للأخت المشترية؛ لإعتاقها نصفه، ونصفه الآخر حصة الأب لو كان حياً، فيكون بعد موته لابنتيه؛ لأنهما معتقتاه، فتكون القسمة من اثني عشر، لمشترية الأخ منها سبعةً، وللأخرى خمسة.

ولو ماتت التي لم تشتر الأخ أولاً، ثم مات الأب، ثم مات الأخ، فمال التي ماتت أولاً لأبيها، ومال الأب[٣] لابنه وبنته أثلاثاً، ومال الأخ: نصفه لأخته بالنَّسب، ولها نصف الباقي بإعتاقها نصفه، والباقي وهو الربع حصة الأب لو كان حياً فيكون لابنتيه؛ لأنهما معتقتاه، وإحداهما ميتة، فللباقية[٤] حصتها، وحصة الميتة تكون لمواليها، ومواليها الأخت الباقية وموالي الأم، فيجعل بينهما بالسوية، وهذا مفروض فيما إذا كانت[٥] معتقةً، وإلا فهو لبيت المال. والله أعلم.

---

(١) في (ظ): (موسر).

(٢) في (ظ): (وبنته).

(٣) من قوله: (ثم مات الأب) إلى هنا ليس في (ظ).

(٤) في (ظ): (فيكون للباقية).

(٥) في (أ): (من معتقة).

قال:

(الثالث[١]: اشترت أختان أمَّهما، ثم شاركَتِ الأمُّ[٢] أجنبياً في شراءِ أبيهما، فإذا ماتَت إحدى الأختَين، ولم تُخلِّف إلا الأختَ الأخرى[٣]، فالنِّصفُ لها بالأخوّةِ والباقي للأجنبيِّ والأمِّ[٤] فإنهما[٥] مُعتِقَتا[٦] أبيهما، لكن الأمُّ ميتةٌ فيَرجِعُ نصيبُها إلى الأختَين؛ لأنهما أعتقاها[٧]، لكن إحداهُما ميتةٌ وحَصَلَ[٨] لها[٩] الثُّمن، فيرَجِعُ إلى الأجنبيِّ[١٠] وأمِّهما[١١] ومن الأمِّ إلى الميتةِ والحيةِ ويَدورُ ولا يَنقطع، فالصوابُ أن يُقسَمَ المالُ من ستّة، فيكونَ لها النِّصفُ بالأخوّة، والباقي ثلاثةٌ يُقسَّمُ عليها وعلى الأجنبيِّ أثلاثاً، للأجنبيِّ سهمان، ولها سهم، فتَتحصَّلُ هي على أربعة؛ لأن الثَّمنَ الدّائرَ كلَّما رَجَعَ إلى الميتةِ حَصَلَ للأجنبيِّ ضِعفُ ما للأُخت).

---

(١) في (أ): (الثالثة).

(٢) قوله: (الأم) ليس في (أ) و(ي).

(٣) قوله: (الأخرى) ليس في (أ) و(ي).

(٤) قوله: (والأم) ليس في (ظ).

(٥) في (أ): (فأيهما).

(٦) في (ظ): (معتقا).

(٧) في (أ): (أعتقاه)، وفي (ي) و(ز): (أعتقناها).

(٨) في (ظ): (وقد حصل).

(٩) قوله: (لها) ليس في (ي).

(١٠) في (ي): (الأختين).

(١١) قوله: (وأمهما) ليس في (أ).

أختان لا ولاء عليهما، اشترتا أمهما فعتقت عليهما، ثم إن الأم شاركت أجنبياً في شراء أبي الأختين وإعتاقه، فللأختين الولاء على أمهما، وللأم والأجنبي الولاء على الأب، وعلى الأختين؛ لأنهما معتقتا[١] أبيهما، فلكل واحد منهما نصف ولاء كل واحدة منهما.

ثم الكلام في صور:

إحداها: إذا ماتت الأم ثم مات[٢] الأب ثم إحدى الأختين: أما الأم فثلث مالها للأختين بالبنوة والباقي لهما بالولاء.

وأما الأب فثلثا ماله لهما أيضاً بالبنوة، وما بقي فللأجنبي نصفه؛ لأنه أعتق نصفه، والنصف الآخر للأختين؛ لأنهما معتقتا[٣] معتقة نصفه.

وأما الأخت، فللأخرى[٤] النصف من مالها بالأخوة، ونصف الباقي وهو الربع للأجنبي؛ لأنه أعتق نصف أبيها.

والربع الباقي كان للأم لو كانت حية؛ لأنها معتقة النصف الآخر، فإذا كانت ميتة فنصيبها للأختين؛ لأنهما معتقتاها، فتأخذ الأخت الباقية نصفه وهو الثمن، ويرجع الثمن الذي هو حصة الميتة إلى من له ولاؤها وهو الأجنبي والأم، وما للأم يرجع إلى الحية والميتة، وحصة الميتة إلى الأجنبي والأم، وهكذا[٥] يدور ولا ينقطع، ولذلك يسمى[٦] سهم الدور، وفيما يفعل به وجهان:

---

(١) في (ظ): (معتقا).

(٢) قوله: (مات) ليس في (ي) و(ز) و(ظ).

(٣) في (ظ): (معتقا).

(٤) في (ظ): (الأخرى).

(٥) في (ظ): (والأخرى).

(٦) قوله: (يسمى) ليس في (ظ)، وفي (ي): (سمي).

قال ابن الحداد رحمه الله: يجعل في بيت المال؛ لأنه لا يمكن صرفه بالنسب ولا بالولاء.

والثاني ـ حكاه الشيخ[١] أبو علي عن بعض الأصحاب، وحكاه الإمام[٢] عن الشيخ ـ: أنه يقطع السهم الدائر وهو الثمن، ويجعل كأنه لم يكن، ويقسم المال على باقي السهام، وهو سبعة، خمسة منها للأخت الباقية، وسهمان للأجنبي.

وزيف الإمام[٣] الوجه الأول بأن الولاء ثابت ونسبة الدور معلومة، فيجب تنزيل السهم الدائر وقسمته على تلك النسبة.

والوجه الثاني بأن يضم ما تستحقه الأخت بالنسب إلى حساب الولاء، وفض ما يؤخذ بالولاء على ما يؤخذ بالنسب لا معنى له ولا سبيل إليه.

ثم قال: الوجه أن يفرد النصف ولا يدخله في حساب الولاء، وينظر في النصف المستحق بالولاء فيجد نصفه للأجنبي ونصفه للأم وما للأم يصير للأختين[٤]، ثم نصيب كل[٥] واحدة منهما يرجع نصفه إلى الأجنبي ونصفه إلى الأم، ومنها: إلى[٦] الأختين، فتبين من ذلك أن للأجنبي ضعف ما للأخت الواحدة؛ لأنه مثل ما للأم، وما للأم يتنصف بين الأختين.

فإذاً المال بين الأجنبي وبين الأخت بالأثلاث، فيحتاج إلى عدد له نصف، ولنصفه ثلث، وأقله ستة، فيصرف نصف الستة إلى الأخت بالنسب، تبقى ثلاثة، سهمان منها

---

(١) قوله: (الشيخ) ليس في (ظ).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٣٠٤).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٣٠٤).

(٤) في (ظ): (للأجنبي).

(٥) قوله: (كل) ليس في (أ).

(٦) قوله: (إلى) ليس في (ظ).

للأجنبي، وسهم للأخت، فجملة ما لها أربعة من ستة. وهذا ما أورده صاحب الكتاب رحمه الله.

ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب: (أن يقسم المال من ستة)، بالواو[١]؛ للوجهين السابقين، على أن أبا خلفٍ الطبري قال: أكثر أصحاب الشافعي رضي الله عنهم، على أن سهم الدور لبيت المال، كما ذكره ابن الحداد رحمه الله، وإلى ترجيحه يميل[٢] كلام ابن اللبان[٣] رحمه الله. والله أعلم.

الصورة الثانية: إذا ماتت إحدى الأختين أولاً ثم ماتت الأم: فمال الأخت لأبويها، للأم منه الثلث وما بقي فللأب.

وأما الأم، فنصف ميراثها للبنت بالبنوة ولها نصف النصف[٤] الباقي؛ لإعتاقها نصف الأم، ونصفه الباقي للأب؛ لأنه عصبة معتقة[٥] النصف الآخر من النسب، ولا دور.

قال الشيخ أبو علي رحمه الله: وفي مثل هذه المسائل، لا يورَّث[٦] بالزوجية إلا أن يشترط السائل في السؤال بقاء الزوجية.

---

(١) قوله: (بالواو) ليس في (أ).

(٢) في (ظ): (ميل).

(٣) هو: مُحمّد بن عبد الله بن الحسَن البصري الفرَضي، المعروف بابن اللبان، كان إماماً في الفقه والفرائض، صنف فيها كتباً كثيرة ليس لأحد مثلها، وعنه أخذ الناس الفرائض، نقل عنه الرافعي في مواضع عدّة، توفي سنة ثنتين وأربعمئة رحمه الله. انظر: «طبقات الشافعية» للإسنوي (٢/ ١٩٠)، «طبقات الشافعية» لابن قاضي شهبة (١/ ١٩٢).

(٤) في (أ): (نصف).

(٥) في (أ): (معتق).

(٦) في (ي): (ترث)، وقوله: (المسائل، لا يووَّث) ليس في (ظ).

الثالثة: مات الأب أولاً، ثم إحدى الأختين، ثم الأم:

فأما الأب، فثلثا ماله للبنتين بالبنوة، والباقي بين الأم والأجنبي؛ لولائهما عليه.

وأما الأخت، فللأم من مالها الثلث، وللأخت النصف، والباقي بين الأم والأجنبي؛ لأنهما معتقا أبيهما[١].

وأما الأم، فنصف مالها للبنت الباقية بالبنوة.

ولها من النصف الباقي النصف؛ لأنها أعتقت نصفها، ونصفه الباقي في حصة البنت الأخرى، وكانت تأخذه لو كانت حية، فإذا كانت ميتة فهو لمواليها[٢] الأم والأجنبي، لكن الأم ميتة، فيأخذ الأجنبي نصفه وهو الثمن، ويرجع الثمن إلى الأختين؛ لإعتاقهما الأم، وهذا سهم الدور، وفيه الخلاف الذي تبين[٣].

وذكر ابن الحداد رحمه الله في هذه الصورة: أن البنت بعد ما أخذت نصف مال الأم بالنسب، والربع بالولاء، وأخذ الأجنبي الثمن، يأخذ من الثمن الباقي نصفه أيضاً، ويكون الباقي لبيت المال.

قال القفال وغيره: وهذا غلطٌ، فإن الثمن هو السهم الدائر، ولو جاز أن يعطى البنت منه شيئاً لأعطي الأجنبي مرة أخرى. وأيضاً: فإنه طرح في الصورة الأولى سهم الدور بتمامه[٤] وجعله لبيت المال، فليكن كذلك هاهنا.

الرابعة: ماتت[٥] البنتان أولًا: يكون[٦] مالهما لأبويهما، كما ذكرنا.

---

(١) قوله: (أبيهما) ليس في (أ)، وفي (ز): (أبيها) وهو خطأ.

(٢) في (أ): (لموليها)، وفي (ي): (لموليتها).

(٣) في (ظ): (سبق).

(٤) قوله: (بتمامه) ليس في (ظ).

(٥) في (ز): (مات).

(٦) قوله: (يكون) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

فإن مات الأب بعدهما، فماله للأم والأجنبي[(١)] بالولاء.

فإن ماتت الأم بعد ذلك، فنصف مالها للأجنبي؛ لأنه معتق نصف أبي معتقها، والباقي لبيت المال.

مثال آخر للدور: بنتان من معتقتين، اشترتا أباهما فعتق عليهما، فإن قلنا: إن معتق الأب لا يجرّ ولاء نفسه من معتق الأم وهو الأظهر، فيبقى نصف ولاء كل واحدة منهما لموالي أمهما، ويثبت لكل واحدة منهما نصف ولاء الأب ونصف ولاء الأخرى؛ لأنها معتقة أبيها.

فإذا مات الأب، فلهما ثلثا ماله بالبنوة، والباقي بالولاء.

فإن ماتت الكبرى بعده، فنصف مالها لأختها بالأخوة، ولها نصف الباقي وهو الربع؛ لأنها معتقة أمها[(٢)]، والباقي لموالي أم الكبرى.

فإن ماتت الصغرى بعد ذلك، فنصف مالها لموالي أمها.

والنصف الآخر حصة الكبرى وهي ميتة فيكون لمن[(٣)] له ولاؤها، وولاؤها لموالي أمها وللصغرى، فيأخذ موالي أمها نصفه وهو الربع، ويبقى الربع الباقي وهو سهم الدور، وفيه ما سبق من الخلاف.

وإن ماتت البنتان أولاً ثم مات الأب، فيقسم ماله على ثمانية أسهم، لكل بنت أربعة:

فنصف نصيب الكبرى لموالي أمها؛ لأن لهم نصف الولاء عليها، ونصفه

---

(١) في (أ): (وللأجنبي).

(٢) في (ز): «معتقة أبيها»، وكذا في المطبوع من كتاب «العزيز» (١٣/ ٤٠٢). (م ع).

(٣) في (ظ): (كمن لا ولاء لها).

للصغرى وهي ميتة، فيكون نصفه وهو الربع لموالي أمها ونصفه يرجع إلى الكبرى، وهو سهم الدور.

ونصيب الصغرى يقسم هكذا أيضاً.

فإن جعل سهم الدور لبيت المال، حصل لموالي[١] كل واحدة منهما ثلاثة أثمان مال الأب، ولبيت المال ثمناه[٢].

واعلم أن الفرضيين ضبطوا موضع حصول الدور، فقالوا: إنما يحصل دور الولاء في المسألة إذا وجدت ثلاثة شروط: أن يكون للمعتق[٣] ابنين فصاعداً. وأن يكون قد مات منهم اثنان فصاعداً. وأن لا يكون الباقي منهم حائزاً لمال الميت. فإن اختل أحد هذه الشروط فلا دور.

ونختم الكتاب بفصل يشتمل على فروع من الولاء وغيره:

يجوز أن يفرض شخصان كل واحدٍ منهما مولى صاحبه من أعلى ومن أسفل، كما إذا أعتق عبداً فأعتق العتيق أبا المعتق الأول، وكما إذا أعتق كافرٌ كافراً ثم استرق[٤] المعتق، وأسلم العتيق، فمَلَكَهُ وأعتقه.

أختان لأب وأم، أعتقهما إنسان فاشترتا أباهما وعتق عليهما[٥]، فلكل واحدة منهما نصف ولاء أبيها، ولا ولاء لواحدة منهما على الأخرى؛ لأن على كل واحدة

---

(١) في (أ): (لوالي الأم)، وفي (ز): (أم).

(٢) في (ظ): (ثمناً).

(٣) في (أ): (المعتق).

(٤) في (ظ): (اشترى).

(٥) في (ز): (منهما).

منهما ولاء المباشرة، فإذا ماتت إحداهما فللأخرى نصف مالها بالأخوة، والباقي لمعتقها بالولاء.

أعتق أب وابن عبداً، ومات الأب عن ابنين أحدهما المشتري، ثم مات العتيق، فنصف ماله للابن المشتري، والباقي بينهما؛ لأنهما عصبتا[(١)] معتق النصف.

ولو مات الأب كما صورنا ثم مات الابن المشتري عن ابن ثم مات العتيق، فنصف المال لولد الابن المشتري[(٢)] بولاء[(٣)] أبيه ونصفه لعمه بولاء أبيه، ولا شيء للحافد بولاء الجد.

اشترت أختان لا ولاء عليهما أباهما فعتق عليهما، ثم اشترت إحداهما أمهما فعتقت عليها، فلكل واحدة نصف ولاء الأب، ونصف ولاء الأخرى تبعاً لولاء الأب، ولمعتقة الأم الولاء على الأم، وعلى نصف الأخت الأخرى تبعية ولاء الأم، هذا هو الأظهر.

وعلى قول ابن سريج رحمه الله: لا ولاء لمعتق الأم على من أبوه حرٌّ، فلا يثبت لمعتقة الأم ولاء[(٤)] النصف الآخر من الأخت[(٥)].

فلو مات الأب، ثم ماتت التي لم تعتق الأم، فمال الأب للبنتين، ثلثاه بالبنوة، والباقي بالولاء، والتي لم تعتق الأم ثلث مالها للأم، ونصفه للأخت بالأخوة، ونصف

---

(١) في (أ): (عصبا).

(٢) من قوله: (عن ابن ثم مات) إلى هنا ليس في (ظ).

(٣) في (ظ): (لولاء).

(٤) في (ظ): (ولاء على).

(٥) في (ظ): (من الآخر).

السدس الباقي بولائها على نصفها؛ لإعتاقها[١] الأب، ولها نصفه[٢] الآخر على الأظهر، بولائها على نصفه الآخر؛ لإعتاقها[٣] الأم.

وعلى قول ابن سريج رحمه الله: نصف السدس الآخر لبيت المال، فإن ماتت الأم بعد ذلك[٤] فللبنت الباقية النصف بالبنوة والباقي[٥] بالولاء؛ فإنها التي أعتقتها.

ولو ماتت التي أعتقت الأم بعد موت الأب، فللأم الثلث، وللأخت النصف بالنسب ونصف السدس الباقي؛ لإعتاقها نصف أبيها، والباقي لبيت المال[٦]. فإن ماتت الأم بعدها، فللبنت الباقية النصف بالبنوة، ونصف الباقي بالولاء؛ لأنها معتقة نصف أبي معتقة الأم، وربع الباقي لبيت المال[٧].

نكح عبدٌ حرةً أصليةً وأخرى معتقة، فأتت المعتقة[٨] بولد ومات، فثلث ميراثه للأم والباقي لمواليها؛ لولائهم عليه.

فإن أتت الأصلية بعد ذلك بابن لأقل من ستة أشهر من يوم موته، استرد[٩] ما أخذه الموالي ودفع إليهم؛ لأن عصبة النسب تتقدم على عصبة الولاء.

---

(١) في (أ) و(ي): (لإعتاق).
(٢) في (ز) و(ظ): (نصف).
(٣) في (أ) و(ي): (لإعتاق).
(٤) في (ظ): (بعدها).
(٥) في (ظ): (ونصف الباقي).
(٦) من قوله: (فإن ماتت الأم) إلى هنا ليس في (ظ).
(٧) من قوله: (فإن ماتت الأم بعدها) إلى هنا ليس في (أ).
(٨) في (ظ): (العتيقة).
(٩) في (أ): (اشتر).

وإن أتت به لستة أشهر فأكثر، فلا يُسترد؛ لاحتمال حدوثه بعد ذلك، وليجيء فيه التفصيل[1] السابق في افتراش الزوج وعدمه.

في «فتاوى القفال» رحمه الله: أن المكاتب إذا اشترى بعض[2] أبيه يعتق بعتقه، كما يتكاتب عليه ما دام مكاتباً.

وإذا عتق، فلا يقوم عليه الباقي؛ لأنه يقصد بأداء النجوم عتق نفسه، وعتق الأب يحصل تبعاً بغير قصده واختياره.

وأنه إذا قال لمالك[3] العبد: «أعتق عبدك عني على كذا» وهو مستأجر، فأعتقه، يجوز قولاً واحداً، بخلاف البيع؛ لقوة العتق، وكذا يجوز في العبد المغصوب والغائب إذا علم حياته.

في «فتاوى القاضي الحسين» رحمه الله: أنه إذا قال لجاريته: «جان به در»[4]، لا يعتق. ولو قال لعبده شُهرة: «آزاد مردي»[5]، يعتق.

وأنه إذا ادعى عبد على سيده العتق عند الحاكم، وحلفه، فلما أتم يمينه قال ـ على وجه السخرية ـ : «قم يا حر»، أو قال: «آزاد شدي[6]»[7] خَبَرٌ يحكم عليه بالحرية؛ لما روي أنه ﷺ قال: «ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد»[8]، وعدَّ منها العتاق.

---

(١) في (ظ): (الفصل).

(٢) في (ي): (نصف).

(٣) في (ي): (لمكاتب).

(٤) كلمة فارسية معناها: نجوتِ.

(٥) كلمة فارسية معناها: رجل حر.

(٦) في (ي) و(ظ): (شرى)، وهي جملة.

(٧) جملة فارسية معناها: صِرْتَ حُرًّا.

(٨) الحديث: قال عنه الحافظ ابن حجر في «التلخيص» (٣/ ٢٠٩): «الطبراني من حديث فضالة بن =

ويحكى أنه جرى ذلك في مجلس ابن أبي ليلى، فحكم بالعتاق، فأنهي إلى جعفر الصادق[١] رضي الله عنه، فقال: لا يعتق؛ لأن المقصود سلب الحرية، كقوله تعالى: ﴿ذُقْ إِنَّكَ أَنتَ الْعَزِيزُ الْكَرِيمُ﴾ [الدخان: ٤٩].

وأنه إذا كانت جاريته حاملاً والحمل مضغة، فقال: «أعتقت مضغة هذه الجارية»، كان لغواً؛ لأن إعتاق ما لم ينفخ فيه الروح لا يصح.

= عبيد بلفظ: «ثلاث لا يجوز اللعب فيهن، الطلاق والنكاح والعتق»، وفيه ابن لهيعة. ورواه الحارث ابن أبي أسامة في «مسنده» عن بشر بن عمر، عن ابن لهيعة عن عبيد الله بن أبي جعفر، عن عبادة بن الصامت رفعه: «لا يجوز اللعب في ثلاث، الطلاق والنكاح والعتاق، فمن قالهنّ فقد وجبن»، وهذا منقطع. وفي الباب عن أبي ذرّ رفَعه: «من طلّق وهو لاعب فطلاقه جائز، ومن أعتق وهو لاعب فعتاقه جائز، ومن نكح وهو لاعب فنكاحه جائز»، أخرجه عبد الرزّاق عن إبراهيم بن محمّد عن صفوان ابن سليم عنه، وهو منقطع، وأخرج عن عليّ وعمر نحوه موقوفاً. وفي هذا ردّ على ابن العربي وعلى النووي حيث أنكرا على الغزالي إيراد هذا اللفظ، ثم قال النووي: المعروف اللفظ الأول بالرجعة بدل الطلاق. وقال أبو بكر بن العربي: لا يصح قوله: ويروى بدل العتاق: الرجعة. قلت: هذا هو المشهور فيه. وكذا رواه أحمد وأبو داود والترمذي وابن ماجه والحاكم والدارقطني من حديث عطاء عن يوسف بن ماهك عن أبي هريرة باللفظ المذكور أولاً، وفيه بدل العتاق: الرجعة. قال الترمذي: حسن. وقال الحاكم: صحيح. وأقرّه صاحب «الإلمام»، وهو من رواية عبد الرّحمن بن حبيب بن أرْدك، وهو مختلف فيه، قال النسائي: منكر الحديث، ووثقه غيره، فهو على هذا حسن». اهـ. انظر: «أبو داود» (٢/ ٢٥٩)، من كتاب الطلاق، باب الطلاق على الهزل. «ابن ماجه» (١/ ٦٥٧)، من كتاب الطلاق، باب من طلّق أو نكح أو راجع لاعباً. «الترمذي» (٤/ ٣٦٢) ـ «تحفة الأحوذي» دار الفكر ـ من أبواب النكاح، باب ما جاء في الجدّ والهَزْل في الطلاق. و«الدارقطني» (٤/ ١٩)، وبذيله «التعليق المغني على الدارقطني». وأخرجه الحاكم في «مستدركه» (٢/ ٢١٦) من كتاب الطلاق، ثم قال: «هذا حديث صحيح الإسناد، وعبد الرّحمن بن حبيب هذا هو ابن أرْدك من ثقات المدنيين، ولم يخرجاه». اهـ.

(١) هو: جعفر بن محمد الباقر بن علي زين العابدين بن الحسين الهاشمي العلوي أبو عبد الله، الملقب بالصادق، سادس الأئمة الإثنى عشر عند الإمامية، كان إماماً من أجلاء التابعين، أخذ عنه الإمامان أبو حنيفة ومالك، له رسائل يقال إنها مجموعة في كتاب، ولد بالمدينة سنة ثمانين، وتوفي بها سنة ثمان وأربعين بعد المئة هجرية، وله من العمر ثمان وستون سنة وأشهراً رضي الله عنه. انظر ترجمته: «شذرات الذهب» (١/ ٢٢٠)، و«الأعلام» (٢/ ١٢٦).

ولو قال: «مضغة هذه الجارية حرّ»، فهو إقرار بأن الولد انعقد حراً، وتصير الأم به أم ولد[١].

وأنه لو قال لعبده: «إن أخذك متغلِّبٌ فقل أنا حر»، أو قال بالفارسية: «أگر تو را تركمانان بـگيرند تو گد من آزادم»[٢]، لا يعتق بهذا، وهو كذب، وكان القاضي يلقن عبيده ذلك. وكذا لو قال: «من تُرا نام آزادان نهادم»[٣]، لا يعتق.

وأنه لو قال لعبده[٤]: «أعتقك اللـه»، أو «الله أعتقك»: فقد قيل: يفرق بين اللفظين؛ لأن الأول دعاء، والثاني إخبار. قال القاضي: وعندي لا يعتق في الموضعين. وعن العبادي: أنه يعتق في الموضعين.

في[٥] «الزيادات» لأبي عاصم العبـادي: أنه إذا قال: «من بشـرني من عبيـدي بقدوم فلان، فهو حر»، فبعث عبدٌ من عبيده عبداً[٦] آخر ليبشره بذلك، فجاء وقال: «عبدك فلان يبشرك بقدومه، وأخبرني[٧] لأخبرك»، فالمبشر هو المرسِلُ دون الرسول.

وأنه إذا قال: «إن اشتريت عبدين في صفقة، فلله عليَّ أن أعتقهما»، فاشترى ثلاثة، وجب إعتاق اثنين؛ لوجود الصِّفَة.

---

(١) قال النووي في «الروضة» (١٢/ ١٨٢): «ينبغي أن لا تصير حتى يقرّ بوطئها، لأنه يحتمل أنه حُرّ من وطء أجنبي بشبهة».

وفي (ز): (نورامام ازادنهادم).

(٢) جملة فارسية معناها: إذا أمسك بك التركمان فقل: إني حُرّ.

(٣) جملة فارسية معناها: لقد أطلقت عليك اسم الأحرار.

(٤) قوله: (لعبده) ليس في (ز).

(٥) في (ظ): (وفي).

(٦) في (أ): (عبد).

(٧) في (ز): (فأخبرني).

إذا ولدت المزني بها ولداً فملكه الزاني، لم يعتق عليه، كما لا يثبت نسبه. وعند أبي حنيفة رحمه الله: يعتق[١].

رأيت بخط القاضي[٢] أبي المحاسن الروياني رحمه الله، في فروعٍ حكاها عن والده وغيره من الأئمة رحمهم الله: أنه إذا قال لعبده: «أنت حر مثل هذا العبد»، وأشار إلى عبدٍ آخر، يحتمل أن لا تحصل الحرية[٣]؛ لأن حرية البدن غير ثابتة في المشبه به، فيحمل[٤] على حرية الخلق.

وأنه لو قال: «أنت حر مثل هذا»، ولم يقل: «هذا العبد»، فيحتمل[٥] أن يعتقا[٦]، والأصح[٧]: أنهما لا يعتقان.

وأنه لو قال لآخر: «أنت تعلم أن العبد الذي في يدي حر»، حكم بعتقه[٨].

ولو قال: «يظن أنه حر»، لم نحكم بعتقه؛ لأنه لو لم يكن حراً، لم يكن المقول له[٩] عالماً بحريته، وقد اعترف السيد بعلمه، وصورة الظن بخلافه.

---

(١) انظر: «الهداية» (٢/ ٥٣).
(٢) قوله: (القاضي) ليس في (ز).
(٣) في (أ): (حريته).
قال النووي في «الروضة» (١٢/ ١٨٤): «قلت: ينبغي أن يعتق ..».
(٤) في (ي): (فيحتمل).
(٥) في (أ): (فيحمل).
(٦) في (ز): (يعتق).
(٧) في (ظ): (الأوضح).
قال النووي في «الروضة» (١٢/ ١٨٤): «الصواب هنا: عتقهما».
(٨) في (ي): (بحريته).
(٩) في (ز): (عليه).

ولو قال: «ترى أنه حر»، احتمل أن لا يقع، واحتمل أن تحمل الرؤية على العلم، ويقع.

وأنه لو ضرب عبد غيره، فقال صاحب العبد للضارب: «عبد غيري حر مثلك»، لا يحكم بالحرية[1]؛ لأنه لم يعين[2] عبده.

وأنه إذا أعتق بعض مملوكه، يسري إلى الباقي إذا كان قابلاً للعتق، إلا في مسألة ذكرها بعض الأصحاب وهي: أنه إذا وكل إنساناً بإعتاق عبده، فأعتق الوكيل نصفه، ففي حصول العتق في النصف وجهان، وبالحصول قال أبو حنيفة رحمه الله.

وعلى هذا، ففي عتق النصف الثاني وجهان، أضعفهما: أنه يعتق، وبه قال أبو حنيفة رحمه الله، إلا أنه قال يُستسعى في الباقي[3].

وفي «جمع الجوامع» للقاضي الروياني: أنه لو كان بين شريكين عبدٌ فجاء أجنبي، وقال لأحدهما: «أعتق نصيبك عني بكذا»، فأعتقه عنه، فولاؤه للآمر، ويُقَوَّم نصيب الشريك على العتق دون الآمر؛ لأنه أعتقه لغرض نفسه، وهو الغرض الذي يحصل له.

وأنه لو قال أحد الشريكين للآخر: «أعتق نصيبك عني بكذا»، فأعتقه عنه، فولاؤه للآمر، ويقوم نصيب الآمر على المعتق. حكاه عن القاضي الطبري[4]. والله أعلم.

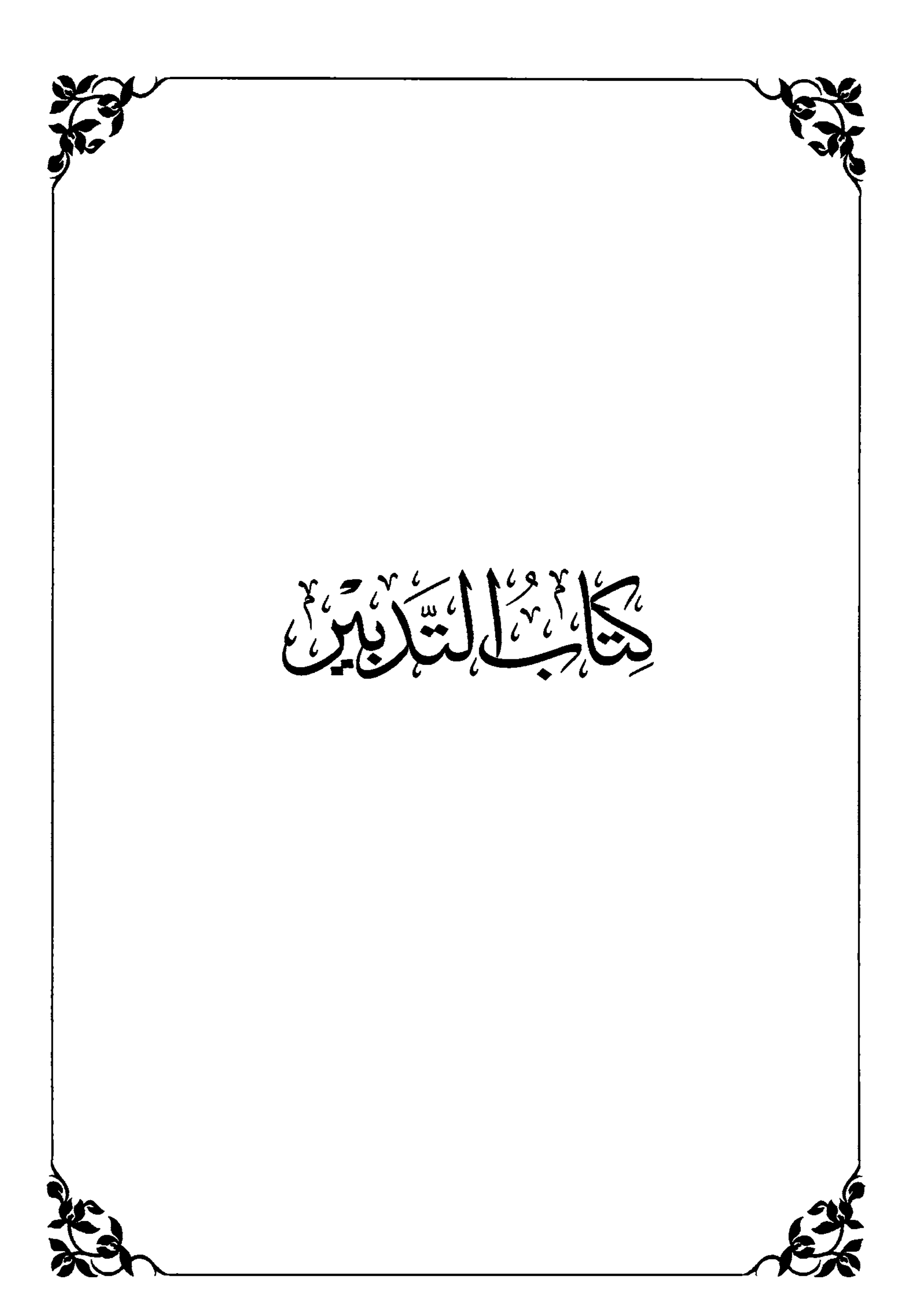
---

(١) في (ي): (بحريته).

(٢) في (أ): (يعتق).

(٣) انظر: «الهداية» (٢/ ٥٥)، و«فتح القدير» (٤/ ٢٦٠).

(٤) «قلت: الصواب في الصورتين: أنه لايقوّم عليه، لأنه لم يعتق عنه. والله أعلم». ذكره النووي في «الروضة» (١٢/ ١٨٥).



كِتَابُ التَّدْبِيرِ

قال حجة الإسلام رحمه الله تعالى:

(كتاب التدبير

والنَّظرُ في أركانِه وأحكامِه:

أما الأركان: فهي[١] اللَّفظ، والأهل.

أما اللَّفظ، فصريحُه أن يقول[٢]: دبّرتُك، أو أنتَ مدبَّر، أو أنت حرٌّ بعدَ موتي. وقيل: إن لفظَ التَّدبيرِ كنايةٌ، والتَّدبيرُ المُقيَّدُ كالمطلق، وهو أن يقول: إن قُتِلتُ أو مِتُّ من مرضي هذا فأنتَ حرّ، أو أنتَ حرٌّ بعدَ موتي بيوم، فيُعتَقُ بعدَ موتِه بيوم، ولا يَحتاجُ إلى الإنشاء. ولو قال: إن دخلتُ الدّارَ فأنتَ مدبَّر، فلا[٣] يَصيرُ مُدبَّراً ما لم يَدخلِ الدّار. ولو قالَ شريكان[٤]: إذا مِتنا فأنتَ حرّ، فلا يَعتِقُ شيءٌ[٥] منه بَموتِ أحدِهما حتى يموتَ الآخر، لكن[٦] ليسَ للوارثِ بيعُه حتى يموتَ الشَّريكُ، كما لو قال: إن دخلتَ[٧] الدّارَ بعدَ موتي فأنتَ حرّ، فإنه لا يَبيعُه قبلَ الدُّخول،

---

(١) في (ظ): (فهو).

(٢) لفظة: (يقول) ليست في (ظ)، وفي (ز): (قوله).

(٣) في (أ): (لا).

(٤) من قوله: (إن دخلت الدار) إلى هنا ليس في (ز).

(٥) في (ز) و(ظ): (منه شيء).

(٦) قوله: (لكن) ليس في (ظ).

(٧) في (أ): (إذا قال: إذا).

وليسَ للوارثِ إبطالُ[١] تعليقِ الميِّت، كما ليسَ له إبطالُ عاريَتِه المضافةِ إلى ما بعدَ الموت).

روي عن جابر رضي الله عنه: «أن رجلاً دبـر غلاماً ليس له مال غيره، فقال النبيُّ ﷺ: «من يشتريه مني»، فاشتراه نعيم بن النحّام»[٢].

والتدبير: تعليق العتق بدبر الحياة، ومن لفظة «الدبر» سمي: تدبيراً، وقيل: سمي تدبيراً؛ لأنه دبر أمر دنياه باستخدامه[٣] واسترقاقه، وأمر آخرته بإعتاقه، وهذا مردود إلى الأول أيضاً؛ لأن التدبير في الأمر مأخوذ من لفظ الدبر أيضاً؛ لأنه نظر في عواقب الأمر وأدباره[٤].

وفي الكتاب نظران: أحدهما: في أركان التدبير، والثاني: في أحكامه.

أما الأركان فهي: الصيغة والأهل والمحلّ، وترك ذكر المحل لوضوحه، واقتصر على الكلام في الأولين.

---

(١) من قوله: (كما لو قال: إن دخلت الدار) إلى هنا ليس في (ظ).

(٢) الحديث: متفق عليه من حديث جابر رضي الله عنه، انظر: البخاري في «صحيحه» (٣/ ٢٤)، من كتاب البيوع، باب بيع المزايدة. ومسلم في «صحيحه» «بشرح النووي» (١١/ ١٤٢)، من كتاب الأيمان، باب جواز بيع المدبّر. وانظر «التلخيص» (٤/ ٢١٥).
وراوي الحديث هو: نعيم بن عبد الله بن أسيد بن عوف القرشي العدوي المعروف بالنحام، صحابي، قيل له ذلك، لأن النبي ﷺ قال له: «دخلت الجنة فسمعت نحمة من نعيم»، والنحمة هي السعلة، وقيل النحمة: النحنحة الممدودة آخرها، وله مناقب رضي الله عنه، استشهد بإجنادين في خلافة عمر رضي الله عنه، وقيل غير ذلك. انظر: «الاستيعاب» (٣/ ٥٥٥-٥٥٦)، و«الإصابة» (٥٦٧-٥٦٨).

(٣) في (ظ): (واستخدامه).

(٤) انظر تعريف «التدبير» لغة: «معجم اللغة» لابن فارس (٢/ ٣٢٤-٣٢٥)، و«لسان العرب»، و«المصباح المنير» (١/ ١٨٨)، و«التعريفات» للجرجاني ص٥٤.
والتعريف الإصطلاحي، ينظر: «نهاية المحتاج» (٨/ ٣٧٢)، و«النظم المستعذب في تفسير غريب ألفاظ المهذب» (٢/ ٢٠٩)، و«المطلع على أبواب المقنع» ص٢١٥.

أحدهما: الصيغة، وفيه مسألتان:

إحداهما: ينعقد التدبير بالصريح وبالكناية مع النية، فالصريح مثل أن يقول: «أنت حر بعد موتي»، أو «أعتقتك» أو «حررتك بعد موتي»، أو «إذا مت» أو «متى مت فأنت حر» أو «عتيق»، فإذا مات عتق.

ولو قال: «دبرتك» أو «أنت مدبر»، فالنص أنه صريح[١] ويعتق العبد إذا مات.

ونص في الكتابة[٢] على أنه إذا قال: «كاتبتك على كذا»، لم يكف[٣] حتى يقول: «فإذا أديت فأنت حر»، أو ينويه، وفيهما طريقان للأصحاب:

نقل ناقلون الجواب في كل واحد من العقدين إلى الآخر، وخرجوهما على قولين:

أحدهما: أنهما صريحان؛ لاشتهارهما في معنييهما اشتهار البيع والهبة، وسائر العقود في معانيها.

والثاني: كنايتان؛ لخلوهما عن لفظ العتق والحرية، ولا يكادان يستعملان عند إنشاء العقد إلا مع التعرض للحرية.

وأظهرهما: الجريان على النصين، وفرقوا بينهما بوجهين:

أضعفهما: أن التدبير ظاهر المعنى مشهور عند كل أحد، والكناية[٤] كمعناها[٥] لا يعرفها إلا الخواص.

---

(١) انظر: «الأم» (٨/ ١٧)، و«المختصر» ص٣٢٢، و«الحاوي» (٢٢/ ١١٤)، و«الوسيط» (٧/ ٤٩٥)، و«التهذيب» (٨/ ٤٠٦)، و«الروضة» (١٢/ ١٨٦)، و«نهاية المحتاج» (٨/ ٣٧٢).

(٢) انظر: «الأم» (٨/ ٤٧).

(٣) في (ز): (لايحصل العتق).

(٤) في (ظ): (والكتابة).

(٥) في (ز): (بمعناها).

والثاني: أن التدبير كان معروفاً في الجاهلية في معناه، والشرع قد قرره، ولا يستعمل في معنى آخر، والكناية تقع على العقد المعلوم، وعلى المخارجة، وهي أن يوظف على العبد الكسوب كل يوم خراجاً، ولا يعتق به، فلا بد من التميز باللفظ أو النية[(١)].

والكناية، مثل أن يقول: «خليت سبيلك بعد موتي»، وينوي العتق.

ولو قال: «دبرت نصفك» أو «ربعك» صح، وإذا مات عتق ذلك الجزء، ولم يسر.

ولو قال: «دبرت يدك» أو «رجلك»[(٢)]، فعن القاضي الحسين رحمه الله: أن فيه وجهين؛ بناء على أن قول القائل: «زنى يدك»[(٣)]، هل يكون قذفاً؟

ففي وجهٍ: يصح ويكون كله مدبراً.

وفي وجه: يلغو.

وعن «الأم»[(٤)]، أنه لو قال: «أنت حر بعد موتي أو لست بحر»، لم يصح التدبير، كما لا يحصل العتق، إذا قال: «أنت حر أو لست بحر»، والطلاق إذا قال: «أنت طالق أو لست بطالق».

المسألة الثانية: يصح التدبير مطلقاً، وهو أن يعلق العتق بالموت بلا شرط، ومقيداً[(٥)] بشرط في الموت، مثل أن يقول: «إن قتلت» أو «مت حتف أنفي» أو «مت من مرضي هذا» أو «في سفري هذا» أو «في هذا الشهر» أو «في هذا البلد، فأنت حر»، فإن مات على الصفة المذكورة فيعتق، وإلا فلا.

---

(١) انظر: «الروضة» (١٢/ ١٨٦)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٥٠٩).

(٢) في (أ): (يديك أو رجليك).

(٣) في (ز): (هل يدك زنى).

(٤) في (ز): (الإمام)، وانظر: «الأم» للشافعي (٨/ ١٧).

(٥) في (ظ): (أو مقيداً).

وفي «جمع الجوامع» للروياني رحمه الله، أنه قال في «البويطي»: إذا قال: «أنت حر إن مت من مرضي هذا[١] أو «في سفري هذا»»، فمات من مرضه، أو في سفره، كان حراً، لكنه وصيةٌ وليس بتدبير. ونقل القاضي ابن كج رحمه الله: مثله عن النصّ.

ويمكن أن يكون[٢] هذا مصيراً إلى أن التدبير هو[٣] تعليق العتق بمطلق[٤] الموت، وأنه لا ينقسم إلى مطلق ومقيد، والظاهر الأول[٥].

وتظهر فائدة الخلاف[٦] في الرجوع على ما سيأتي إن شاء الله تعالى.

ولو قال: «إذا مت ومضى شهر» أو «يوم، فأنت حر»، أو قال: «أنت حر بعد موتي بيوم»، فيعتق العبد بعد يوم من موته، ولا يحتاج إلى إنشاء إعتاق بعد الموت.

وقال أبو حنيفة[٧] رحمه الله: لا بد من مباشرة الإعتاق بعد موته بيوم، وكأنه أوصى بإعتاقه.

وسياق الكتاب يشعر بعدّ هذه الصورة من التدبير المقيد، فإنه قال: (والتدبير المقيد كالمطلق، وهو أن يقول: «إن قتلت» أو «مت من مرضي هذا، فأنت حر» أو «أنت حر بعد موتي بيوم»).

---

(١) من قوله: (أو في سفري هذا) إلى هنا ليس في (ظ).

(٢) قوله: (يكون) ليس في (أ).

(٣) قوله: (هو) ليس في (ز).

(٤) في (أ): (بمطلوب)، وهو خطأ.

(٥) انظر: «الوسيط» (٧/ ٤٩٥)، و«التهذيب» (٨/ ٤٠٧)، و«الروضة» (١٢/ ١٨٦)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٥٠٩).

(٦) في (ز): (خلاف).

(٧) انظر: «الهداية» (٢/ ٦٧).

وعدّ الصيدلاني رحمه الله قوله: «إذا مت ودخلت الدار فأنت حرٌّ»، وقوله: «إذا مت ومضى شهر فأنت حرٌّ»، من التدبير المطلق؛ من حيث إنه لم[1] يعتبر في نفس الموت شرطاً.

والذي أورده أكثرهم ـ منهم الشيخ أبو حامد، والقاضيان ابن كج والروياني، وابن الصباغ رحمهم الله ـ: أن ذلك ليس من التدبير المطلق ولا المقيد، وقالوا: مهما علق العتق بصفة بعد الموت، كقوله: «إذا مت وشئت الحرية» أو «شاء فلان» أو «إذا مت ثم دخلت الدار فأنت حر»، أو «أنت حر بعد موتي إذا خدمت ابني سنة»، فذلك ليس بتدبير، وإنما هو كسائر التعليقات.

ويجوز تعليق التدبير، كما يجوز تعليق العتق، وذلك مثل أن يقول: «إذا» أو «متى دخلت الدار فأنت حر بعد موتي» أو «فأنت مدبرٌ»، فإذا دخل الدار صار مدبراً، ولا يشترط الدخول في الحال، ولكن يشترط حصوله في حال[2] حياة السيد[3] كما في سائر الصفات[4] المعلق عليها، فلو مات السيد قبل الدخول، فلا تدبير، ويلغو التعليق، إلا أن يصرح فيقول: «إذا دخلت الدار بعد موتي» أو «إذا مت ثم دخلت الدار فأنت حرٌّ»، فإنما يعتق بالدخول بعد الموت.

وأبدى الإمام[5] في تعليق العتق بالدخول بعد الموت احتمالًا من طريق المعنى، وذكر أنه رمز إليه القاضي.

---

(١) في (أ): (لا).
(٢) لفظة: (حال) ليست في (ي) و(ز).
(٣) في (ي): (الموصي).
(٤) في (ظ): (التعليقات).
(٥) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٣١٨).

ولا تشترط[1] المبادرة إليه بعد الموت، بل متى دخل الدار[2]، عتق.

ولو قال: «إذا مت ودخلت الدار فأنت حر»، قال في «التهذيب»[3]: يشترط[4] الدخول بعد الموت، إلا أن يريد الدخول قبله.

ولو قال: «إذا مت فدخلت الدار»، أو«إذا مت فأنت حر إن دخلت الدار»، فعلى ما سنذكر في التعليق بالمشيئة.

ولو قال الشريكان للعبد المشترك: «إذا متنا فأنت حر»، فلا يعتق العبد ما لم يموتا جميعاً، إما[5] على الترتيب أو معاً؛ لأنهما علقا عتقه بموتهما.

ثم إن ماتا معاً: ففي «الكافي» للروياني رحمه الله وجه: أن الحاصل عتق تدبير؛ لاتصاله بالموت.

والظاهر: أنه عتق لحصول[6] الصفة؛ لتعلق العتق بموته وموت غيره، والتدبير أن يعلق العتق بموت نفسه.

وإن ماتا على الترتيب: فعن أبي إسحاق رحمه الله: أنه لا تدبير أيضاً.

والظاهر أنه إذا مات أحدهما يصير نصيب الثاني مدبراً؛ لتعلق العتق[7] بموته وكأنه قال: «إذا مات شريكي فنصيبي منك مدبر»، ونصيب الميت لا يكون مدبراً،

---

(١) في (أ) و(ي): (وأنه لا يشترط).

(٢) قوله: (الدار) ليس في (ظ).

(٣) انظر: «التهذيب» للبغوي (٨/ ٤٠٧).

(٤) في (ز): (لا يشترط).

(٥) قوله: (إما) ليس في (ز).

(٦) في (أ): (الحصول)، وفي (ي) و(ظ): (بحصول).

(٧) من قوله: (بموته وموت غيره) إلى هنا ليس في (ي).

وهو بين الموتين للورثة[١] فلهم التصرف فيه بما لا يزيل الملك كالاستخدام والإجارة، وليس لهم بيعه؛ لأنه صار مستحق العتق بموت الشريك الآخر[٢].

وكذا إذا قال: «إن دخلت الدار بعد موتي، فأنت حر»، ليس للوارث بيعه؛ لأنه صار مستحق العتق بموت الشريك الآخر.

وكذا إذا قال: «إن دخلت الدار بعد موتي فأنت حر»، ليس للوارث بيعه بعد الموت[٣] وقبل الدخول؛ إذ[٤] ليس له إبطال تعليق الميت، وإن كان له أن يبطله، كما إذا أوصى لإنسان بشيء ومات[٥] لا يجوز للوارث بيعه، وإن كان للموصي أن يبيعه.

وكذلك[٦] من أعار[٧]، له الرجوع في العارية.

ولو قال: «أعيروا داري من فلان بعد موتي، شهراً»، وجب تنفيذ وصيته، ولم يملك الوارث الرجوع عن هذه العارية. هذا أظهر الوجهين.

وفي الصورتين وجه آخر ـ ينسب إلى صاحب «التقريب» رحمه الله ـ: أن للورثة بيعه؛ لأن أحد شرطي العتق لم يوجد، فصار كما إذا قال: «إن أكلت هذين الرغيفين فأنت حر»، فأكل أحدهما، لا يمتنع بيعه.

وفي كسب العبد بين موتهما وجهان:

---

(١) في (ظ): (ملك للورثة).
(٢) قوله: (الآخر) ليس في (ز).
(٣) من قوله: (لأنه صار مستحق) إلى هنا ليس في (أ) و(ي).
(٤) قوله: (إذا) ليس في (أ).
(٥) قوله: (ومات) ليس في (أ).
(٦) في (ي) و(ز): (وكذا).
(٧) في (ظ): (أجاز).

أحدهما: أنه معدود من تركة الميت.

وأظهرهما: أنه للوارث خاصة.

وربما بني الوجهان على الخلاف في جواز البيع: إن جوزناه فهو للوارث، وإلا فمن التركة.

وإذا عرفت ما ذكرناه، فلك أن تُعلم قوله في الكتاب: (وقيل: إن لفظ التدبير كناية) بالواو؛ للطريقة القاطعة.

ويجوز أن تُعلم قوله: (والتدبير المقيد كالمطلق) بالواو[1]؛ لما سنذكر في الرجوع عن التدبير.

وقوله: (ولا يحتاج إلى الإنشاء) بالحاء.

وقوله: (ولكن ليس للوارث بيعه) بالواو، وكذا قوله: (فإنه لا يبيعه قبل الدخول).

وقوله: (كما لو قال: «إن دخلت الدار بعد موتي») إلى آخره، ليس أصلاً متفقاً عليه.

فرع عن نصه رضي الله عنه في «الأم»[2]:

أنه لو قال الشريكان للعبد: «أنت حبيس على آخرنا موتاً، فإذا مات عتقتَ»، فهو كما لو قالا: «إذا متنا فأنت حرّ»، إلا أن هناك المنفعة بين الموتين تكون[3] لورثة الأول،

---

(١) قوله: (بالواو) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

(٢) انظر: «الأم» للشافعي (٨/ ٢٤).

(٣) قوله: (تكون) ليس في (ظ).

وهاهنا هي للآخر، وكذلك الكسب، وكأن أولهما موتاً أوصى[١] لآخرهما موتاً.

ولو قال أحد الشريكين: «إذا مت فأنت حر»، فإذا مات، عتق نصيبه، ولم يسر.

قال:

(ولو قال: أنتَ مدبَّرٌ إن شئت، صارَ مدبَّراً إن شاءَ على الفور، ولو[٢] قال: متى شئت، لم يُشتَرطِ الفَور، لكن لا بدَّ من المشيئةِ في الحياة، إلا إذا قال: إن شِئتَ بعدَ الموت، فلا يُشترطُ الفَورُ بعدَ الموت[٣]. ولو قال: إذا مِتُّ فأنتَ حرٌّ[٤] إن شِئت؛ فتكفي مشيئتُه في الحياة[٥] في وجه، وتكفي مشيئتُه بعدَ الموتِ[٦] في وجه، ولا بدَّ منهما في وجه. ولو قال: إن رأيتَ العينَ[٧] فأنتَ حرّ، عَتقَ بكلِّ ما يُسمىّ عيناً).

إذا قال لعبده: «أنت حر إن شئت»، فإنما يعتق إذا شاء على الفور، كما لو قال لامرأته: «أنت طالق إن شئت».

وعن صاحب «التقريب» والشيخ أبي علي رواية[٨] وجه: أن الفور لا يشترط،

---

(١) في (أ): (أوصى بها).
(٢) في (أ) و(ظ): (وإن).
(٣) قوله: (بعد الموت) ليس في (ظ).
(٤) قوله: (فأنت حر) ليس في (ظ).
(٥) من قوله: (بعد الموت ولو قال) إلى هنا ليس في (أ).
(٦) في (ظ): (بعد موته).
(٧) لفظة: (العين) ليست في (ظ).
(٨) قوله: (رواية) ليس في (أ).

كما لو قال: «إن دخلت الدار»، وهذا الوجه جار في الطلاق، وقد ذكرناه هناك[١].

ولو علق التدبير بمشيئة العبد فقال: «أنت مدبر إن شئت»، أو: «دبرتك إن شئت»، أو قال: «إن شئت فأنت مدبر» أو «فأنت حر إذا مت» أو «متى مت»، فلا يصير مدبَّراً إلا بالمشيئة، والظاهر اشتراط الفور[٢] فيها، وفيه الوجه الضعيف.

ولو قال: «متى شئت»، أو «مهما شئت»، فلا يشترط الفور، ويصير مدبَّراً متى شاء.

وفي الحالتين تشترط المشيئة في الحياة كسائر الصفات المعلق عليها، إلا إذا علق صريحاً بالمشيئة بعد الموت، فإنما يحصل العتق بمشيئته بعد الموت، ولا يمنع الإباء في الحياة من المشيئة بعد الموت[٣].

ثم ينظر في لفظ التعليق، إن قال: «أنت حرٌّ بعد موتي إن شئت بعد الموت»، أو اقتصر على قوله: «إن شئت» وقال: «أردت بعد الموت»:

فالمذكور في الكتاب: أنه (لا يشترط الفور بعد الموت)؛ لأنها إذا تأخرت عن الخطاب، واعتبر وقوعها بعد الموت، لم يكن لاشتراط[٤] اتصالها بالموت معنى، ولذلك لا يشترط في قبول الوصية. ونفى الإمام[٥] الخلاف في ذلك.

لكن في «التهذيب»[٦] وغيره، ذكر وجهين، فيما إذا قال: «إذا متُّ وشئت بعد

---

(١) انظر: «الوجيز» (٢/ ٦٨).

(٢) انظر: «الروضة» (١٢/ ١٨٩).

(٣) من قوله: (فإنما يحصل العتق) إلى هنا ليس في (ظ).

(٤) في (ي): (في شرائط).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٣١٦).

(٦) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٤٠٨).

موتي[١]، فأنت حرٌّ»، أن المشيئة تكون على الفور أو التراخي؟ والصورة كالصورة.

ولو قال: «إذا مت فشئت[٢]، فأنت حرٌّ»، فهل يشترط اتصال المشيئة بالموت؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، كما لو قال: «أنت حرٌّ بعد موتي إن شئت»، وأراد إيقاع المشيئة بعد الموت.

والثاني: نعم؛ لأن «الفاء» تقتضي التعقيب من غير تخلل فصل.

والأول أصح عند الصيدلاني، وبالثاني أجاب الأكثرون رحمهم الله.

ويجري الخلاف في سائر التعليقات، مثل أن يقول: «إن دخلت الدار، وكلمت[٣] زيداً، فأنت طالق»، هل يشترط اتصال الكلام بالدخول؟

ولو قال: «إذا متّ، فمتى شئت فأنت حر»، فلا يشترط اتصال المشيئة بالموت، بلا خلاف.

ولو قال: «إذا مت فأنت حرّ إن شئت» أو «إذا شئت»، أو قال: «أنت حرّ إذا مت إن شئت»، يحتمل أن يراد بهذا اللفظ المشيئة في الحياة، ويحتمل أن يراد به المشيئة بعد الموت، فيراجع ويعمل بمقتضى إرادته، فإن قال: «أطلقت ولم أنو شيئاً»، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يحمل اللفظ على المشيئة في الحياة؛ لأن قوله: «إذا مت فأنت حرٌّ»، بمثابة قوله: «دبرتك».

---

(١) في (ز): (بعد الموت).

(٢) في (أ) و(ي) و(ز): (وشئت).

(٣) في (أ): (فكلمت).

ولو قال: «دبرتك إن شئت» أو «إذا شئت»، اعتُبِرتْ المشيئة في الحياة، فكذلك هاهنا، فعلى هذا يكفي للعتق المشيئة في حياة السيد، ويعتبر أن يشاء على الفور، على الظاهر.

والثاني: أنه يحمل على المشيئة بعد موت السيد؛ لأنه أخر ذكر المشيئة عن ذكر الموت، فالسابق إلى الفهم منه المشيئة بعد الموت.

وهذا ما أجاب به أكثرهم، منهم أصحابنا العراقيون، وشرطوا أن تكون المشيئة بعد الموت على الفور.

وقضية ما ذكر في الكتاب من قبل: أن لا يشترط الفور.

والثالث: أنه لا يحصل العتق إلا أن يشاء في الحياة ويشاء بعد الموت أيضاً؛ لأن اللفظ متردد بين المعنيين، فما لم[1] يتحققا لا تحصل الثقة بالعتق[2].

وليجر هذا الخلاف في سائر التعليقات، مثل أن يقول: «إذا دخلت الدار، فأنت طالق إن كلمت فلاناً»، أيعتبر الكلام بعد الدخول أم قبله؟

قال الإمام[3]: ونشأ من هذا المنتهى إشكال في شيء، وهو: أن الرجل لو قال لعبده: «إن رأيت عيناً[4] فأنت حر» ـ والعين اسم مشترك بين الباصرة، وعين الماء، والدينار، وأحد الإخوة من الأب والأم ـ ولم ينو المعلق شيئاً، فهل يعتق العبد إذا رأى شيئاً منها؟ فيه ترددٌ، والوجه: الحكم بأنه يعتق، وبه يضعف اعتبار المشيئتين في مسألة المشيئة.

ولك أن تقول: إن لم تكن المسألة وزان المسألة، فلا إلزام، وإن كانت على وزانها

---

(١) في (ي): (فإن لم)، وفي (ظ): (ما لم).

(٢) قوله: (بالعتق) ليس في (ز).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٣١٦).

(٤) في (ي): (العين).

فليحصل العتق بالمشيئة في الحياة وحدها[١]، وبالمشيئة بعد الموت وحدها كما في مسألة العين، وهذا[٢] وجه وراء الوجوه الثلاثة.

ثم الأشبه: أن اللفظ المشترك لا يراد به جميع معانيه، ولا يحمل عند الإطلاق على جميعها، ويمكن أن يؤمر بتعيين أحدهما.

ومهما اعتبر في[٣] المشيئة بعد الموت الفور[٤] فأخرها، بطل التعليق.

وإذا لم يعتبر الفور، كما لو قال: «فأنت حر متى شئت»، فعن القاضي أبي حامد رحمه الله: أنه تعرض عليه المشيئة، فإن امتنع، فللورثة بيعه، وكذا لو علق بدخول الدار وغيّره بعد الموت، يعرض عليه الدخول، وهذا كما أنه يقال للموصى له: «إما أن تقبل، وإما أن ترد».

وهل للورثة بيعه قبل المشيئة، وعرضها عليه[٥]؟ فيه الخلاف المذكور في الفصل السابق.

وليعلم من لفظ الكتاب قوله: (على الفور) بالواو. وكذا قوله: (ولا يشترط[٦] الفور بعد الموت). وقوله: (عتق بكل ما يسمى عيناً)، وقد أشار في «الوسيط»[٧] إلى الخلاف فيه، كما أبدى الإمام[٨] رحمه الله التردد.

---

(١) زاد في (أ): (في وجه).

(٢) في (أ): (هذا).

(٣) قوله: (في) ليس في (ي).

(٤) قوله: (الفور) ليس في (ظ).

(٥) قوله: (عليه) ليس في (ز).

(٦) في (ظ): (يسقط).

(٧) انظر: «الوسيط» (٧/ ٤٩٦). وانظر: «الروضة» (١٢/ ١٩٠).

(٨) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٣١٦).

فروع:

لو قال: «إن شاء فلان وفلان، فعبدي حر بعد موتي»، لم يكن مدبراً إلا إذا شاءا جميعاً.

ولو قال: «إذا مت فشئت، فأنت مدبر»، فهذا لغو؛ لأن التدبير لا يحصل بعد الموت.

وكذا لو قال: «إذا مت فدبروا هذا العبد»[1].

ولو قال: «إذا متُّ، فعبد من عبيدي حرٌّ»، ومات ولم يبيّن، أُقرع بينهم.

وعن نصه في «الأم»[2]، أنه لو قال: «إذا قرأتَ القرآن بعد موتي، فأنت حرٌّ»، لا يعتق إلا بقراءة جميع القرآن.

ولو قال: «إذا قرأتَ قرآناً»، يعتق بقراءة بعض القرآن، والفرق التعريف والتنكير.

* * *

---

(١) قوله: (وكذا لو قال: إذا مت فدبروا هذا العبد) ليس في (ظ).

(٢) «الأم» للشافعي (٨/ ٢٣).

قال رحمه الله:

(الركنُ الثاني: الأهل، فلا[1] يَصِحُّ التدبيُر من المجنونِ وغيرِ المميِّز، ومن المميِّزِ قولان. ومن السَّفيهِ يَنفُذ، وقيل: قولان. ومن المُرتدِّ يُبنى على أقوالِ المُلك، وإن دبَّره[2] ثم ارتدَّ لم يَبطل، وقيل: يُبنى على أقوالِ المُلك[3]. وإذا بَطلَ فإن أسلمَ عاد، وقيل: يُبتنى على عودِ الحنث. وإذا ماتَ مُرتدّاً، وقلنا: يَصِحُّ تدبيرُه، نَفَذَ من الثُّلث، وإن كانَ المالُ للفَيء[4]. والكافرُ الأصليُّ يَصحُّ تدبيرُه، ولكن لو أسلمَ مدبَّرُه يُباعُ عليه في قول، وفي قولٍ يُستكسَبُ له كالمُستولَدة. والمكاتَبُ كالمُستولدة، وقيل: كالمدبر. وإذا دبَّرَ نصيبَه[5] من عبدٍ مُشتَرك، لم يسِر إلى الباقي).

الفصل يشتمل على صور:

إحداها: لا يصح تدبير المجنون والصبي الذي لا يميز، وفي تدبير الصبي المميز قولان ـ كما في وصيته، وقد ذكرناهما في الوصية[6] ـ: والأظهر المنع، وبه قال المزني[7].

---

(١) في (ز) و(ظ): (ولا).

(٢) في (ي) و(ظ): (دبَّر).

(٣) من قوله: (وإن دبَّره ثم ارتد) إلى هنا ليس في (ز).

(٤) في (ظ): (للذمي).

(٥) في (ظ): (نصفه).

(٦) انظر: «الوجيز» (١/ ٢٦٩).

(٧) انظر: «المختصر» ص٣٢٣، و«الحاوي» (٢٢/ ١٥٨)، و«الوسيط» (٧/ ٤٩٧)، و«الروضة» (١٢/ ١٩١)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٥١٠).

وعن نصّه في «البويطي» أنه قال: إن ثبت حديث عمر رضي الله عنه، فتدبيره جائز، وإلا فلا. والحديث مما روي عن عمر رضي الله عنه: «أنه أجاز وصية غلام له عَشْر سنين»[١].

وعن مالك رحمه الله روايتان كالقولين، والأشهر: الجواز[٢].

وإذا صححنا تدبيره، فيصح رجوعه عنه بالقول، إن قلنا: إن التدبير يقبل الرجوع بالقول.

وفي «تعليقة إبراهيم المروذي» رحمه الله: فيه وجه آخر.

وإن قلنا: لا يمكن الرجوع عنه بالقول، لم يصح منه التصرف الذي يحصل به الرجوع[٣]، ولكن[٤] يقوم الولي في ذلك مقامه، فإذا رأى المصلحة في بيعه باعه وأبطل التدبير.

---

(١) الحديث: قال عنه الحافظ ابن حجر في «التلخيص» (٣/ ٩٣): «أنّ غلاماً من غسّان حضرته الوفاة، وله عشر سنين، فأوصى لبنت عم له، وله وارث، فرفعت القصة إلى عمر، فأجاز وصيته»: مالك من حديث عمرو بن سليم الزرقي، أنه قال لعمر بن الخطاب: «إن هاهنا غلاماً لم يحتلم من غسان، ووارثه بالشام، وهو ذو مال، وليس له هاهنا إلا ابنة عم»، فقال عمر: «فليوص لها ...» الحديث، ورواه أيضاً من وجه آخر وفيه: «أن الغلام كان ابن اثنتي عشرة سنة، أو عشر سنين»، وقال البيهقي: «علّق الشافعي القول بجواز وصية الصبي وتدبيره بثبوت الخبر عن عمر، لأنه منقطع. وعمرو بن سليم لم يدرك عمر». قلت: ذكره ابن حبان في «ثقاته»: «أنه كان يوم قتل عمر جاوز الحلم»، وكأنه أخذه من قول الواقدي: «أنه كان حين قتل عمر راهق الاحتلام»». اهـ. انظر: «موطأ مالك» (٢/ ٧٦٢)، من كتاب الوصية، باب جواز وصية الصغير والضعيف والمصاب والسفيه. وانظر: البيهقي في «سننه» (٦/ ٤٦١)، من كتاب الوصايا، باب ما جاء في وصية الصغير.

(٢) انظر: «مختصر خليل» ص٢٩٥، و«مواهب الجليل» مع «التاج والإكليل» (٦/ ٣٤١).

(٣) في (أ): (بالرجوع).

(٤) قوله: (ولكن) ليس في (أ).

وفي تدبير السفيه المحجور عليه طريقان:

أظهرهما ـ وبه قال ابن سريج وأبو إسحاق وابن سلمة وغيرهم رحمهم الله ـ: القطع بصحته؛ لأنه صحيح العبارة، ولا ضرر عليه في التدبير.

والثاني ـ وبه قال أبو الحسين بن القطان رحمه الله ـ: أنه على القولين في تدبير الصبي المميز.

وعن «المنهاج» للشيخ أبي محمّد: أنَّ ظاهر كلام الشافعي رضي الله عنه، يوافق هذه الطريقة.

وإذا قلنا بالصحة، فرجوعه كما ذكرنا في حق الصبي.

وتدبير المفلس المحجور عليه، كإعتاقه، وقد سبق في التفليس[١].

وفي تدبير السكران، الخلاف المذكور في سائر تصرّفاته[٢].

الثانية: تدبير المرتد يُبنى[٣] على الأقوال في ملكه: إن قلنا: إن ملكه باقٍ، صحّ تدبيره، وبه قال المزني رحمه الله[٤][٥]. وإن قلنا: زائل، لم يصح.

وإن قلنا: موقوف، فالتدبير أيضاً موقوف[٦]: إن عاد إلى الإسلام بانت صحته،

(١) الذي سبق في التفليس [illegible] سلف (٧/ ١٦٢).

(٢) أي: السكران المتعدّي بسُكره، فيه خلاف. انظر: «الوجيز» (١/ ١٩٥) و(٢/ ٥٧).

(٣) قوله: (يُبنى) ليس في (ز).

(٤) انظر: «المختصر» ص٣٢٢. وانظر: «الحاوي» (٢٢/ ١٣٧).

(٥) من قوله: (إن قلنا: إن ملكه باق) إلى هنا ليس في (ظ).

(٦) قوله: (فالتدبير أيضاً موقوف) ليس في (أ).

وفي «طريقة الصيدلاني» رحمه الله، قول آخر: أنه يبطل التدبير، وإن قلنا إن الملك موقوف.

ثم عن أبي الطيب ابن سلمة رحمه الله: أن البناء على الأقوال فيما إذا حجر القاضي عليه، فأما قبل الحجر فيصح تدبيره بلا خلاف.

وعن أبي إسحاق: أن الأقوال فيما قبل الحجر، فأما إذا حجر عليه، فلا يصح تدبيره بلا خلاف[1].

وعن غيرهما: طرد الأقوال في الحالتين.

وقد ذكرنا في باب الردة: أن صاحب «التهذيب»[2] رحمه الله، جعل قول الوقف أصح. ويروي بعضهم: أن الشافعي[3] رضي الله عنه قال: «أشبه الأقوال بالصحة، زوال الملك بنفس الردة، وبه أقول».

ولو دبر عبداً ثم ارتد، ففيه ثلاثة طرق:

أحدها ـ وبه قال أبو إسحاق رحمه الله ـ: القطع بأن التدبير لا يبطل، وإذا هلك على الردة عتق العبد. والمعنى فيه: صيانة حق العبد[4] عن الفوات، كما تُصان حقوق الغرماء. وأيضاً: فإن الردة تؤثر في العقود المستقبلة دون الماضية، ألا ترى أن الرِّدة بعد البيع والرهن والهبة لا تبطلها. ونظم الكتاب يقتضي ترجيح هذا الطريق، وكذلك ذكر القاضي ابن كج، والعراقيون من الأصحاب رحمهم الله.

---

(١) من قوله: (وعن أبي إسحاق) إلى هنا ليس في (ز) و(ظ).

(٢) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٤١٣).

(٣) في (ظ): (عن الشافعي). وانظر: «الأم» (٨/ ٢٣).

(٤) في (ز): (العبد حق).

والثاني ـ وبه قال أبو الطيب بن سلمة ـ: أنه يُبنى على أقوال الملك: إن قلنا ببقاء ملكه، فالتدبير بحاله. وإن قلنا بزواله، بطل التدبير، فلا يعتق العبد إذا هلك السيد على الردة. وإن قلنا إنه موقوف، فيتوقف في بقاء التدبير أيضاً.

والثالث: القطع ببطلانه؛ لأنه لو بقي لعتق العبد بموته مرتداً، وعتق المدبر ينفذ من الثلث، وما ينفذ من الثلث يشترط فيه بقاء الثلثين للورثة، ومال المرتد لا يصرف إلى الورثة، بل هو فَيْءٌ، وهذا ضعيف.

والقول: بأن ما ينفذ من الثلث يشترط فيه بقاء الثلثين للورثة ممنوع، بل الشرط سلامة الثلثين للمستحقين، وهم الورثة تارة، وغيرهم أخرى، ومن قال بالطريقة الثالثة أبطل الوصايا بالردة أيضاً.

التفريع:

إن قلنا ببطلان التدبير، فلو عاد المرتد إلى الإسلام عاد ملكه. وهل يعود التدبير؟ فيه طريقان:

أحدهما: نعم؛ لأن زوال ملكه لم يكن زوال إثبات، فإذا عاد فكأنه لم يزل[1]، وهذا كما أن العصير المرهون إذا تخمر يزول[2] الملك، والرهن فيه، وإذا عاد خلاً[3] يعودان[4].

والثاني: أنه على قولي عود الحنث، وهو بمثابة ما لو باع المدبر، ثم عاد إلى ملكه، وهذا ما أورده في «التهذيب»[5]. والأول أشبه، ونظم الكتاب يقتضي ترجيحه.

---

(١) في (ظ): (لم يعد).

(٢) في (ظ): (لا يزول).

(٣) قوله: (خلاً) ليس في (ز).

(٤) في (ز): (يعود).

(٥) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٤١٣).

وإن قلنا ببقاء التدبير، عتق المدبر من الثلث، وجعل الثلثان فيئاً.

وفي «الكافي» ذكر وجه: أن جميعه يعتق، وأن رعاية الثلث والثلثين تختص بالميراث، ويقال إنه اختيار صاحب «الحاوي» رحمه الله.

ويجوز أن يعلم لهذا قوله في الكتاب: (من الثلث) بالواو.

فلو ارتد المدبر قتل كالقن، لكن لا يبطل التدبير، كما لا يبطل حق عتق المستولدة والمكاتب بالردة.

فلو مات السيد قبل قتله، عتق.

ولو التحق المرتد بدار الحرب فسبي، فهو على تدبيره، ولا يجوز استرقاقه؛ لأنه إن كان السيد حياً فهو له، وإن مات السيد فولاؤه له، فلا يجوز إبطاله.

فإن كان السيد ذمياً، ففي جواز استرقاق معتقه خلاف سبق[1] في موضعه.

ولو استولى الكفار على مدبَّر مسلم، ثم عاد إلى يد المسلمين، فهو مدبر كما كان.

الثالثة: الكافر الأصلي، يصح تدبيره وتعليقه العتق بصفةٍ[2] كما يصح استيلاده، ولا فرق بين الكتابي والمجوسي والوثني، ولا بين الذمي والحربي.

ولا يمنع الكافر من حمل مدبره ومستولدته الكافرين إلى دار الحرب، سواءً جرى التدبير والاستيلاد في دار الحرب[3]، ثم دخل دار الإسلام بأمان، أو جريا[4] في دار الإسلام.

وليس له حمل مكاتبه الكافر قهراً؛ لظهور استقلاله.

---

(١) قوله: (سبق) ليس في (ظ).

(٢) في (أ): (نصفه)، وهو خطأ.

(٣) قوله: (سواء جرى التدبير والاستيلاد في دار الحرب) ليس في (ظ).

(٤) في (ظ): (أو جرينا).

وإذا دبر الكافر عبده الكافر، ثم أسلم العبد، نظِرَ: إن رجع السيد عن التدبير بالقول وجوزناه، بيع عليه.

وإلا، ففي بيعه عليه قولان منصوصان في «الأم»[١]:

أحدهما ـ وبه قال مالك[٢]، واختاره المزني[٣] رحمهما الله ـ: أنه يباع عليه، ويُنقض التدبير؛ لأن في بقاء ملكه فيه إذلالاً للمسلم، ولا يؤمن أيضاً أن يستخدمه ويستذله.

وأصحهما ـ وبه قال أبو حنيفة[٤] رحمه الله ـ: أنه لا يباع[٥]، ويبقى التدبير؛ لتوقع الحرية، ولكن يخرج من يده، ويجعل في يد عدل، ويصرف كسبه إليه، كما لو أسلمت مستولدته.

وإن خرج سيده إلى دار الحرب، أنفق من كسبه عليه، وبعث ما فضل إلى السيد، فإذا مات عتق من الثلث، فإن بقي منه شيء[٦] للورثة، بيع عليهم.

ولو أسلم مكاتب الكافر، ففيه طريقان:

أولاهما: القطع بإبقاء الكتابة، وبأنه لا يباع؛ لانقطاع سلطنة السيد عنه، واستقلاله بالكتابة.

وإن[٧] عجز عن أداء النجوم، فعجَّزه السيد، فحينئذ يباع عليه.

والثاني: أنه على القولين في المدبر.

---

(١) انظر: «الأم» للشافعي (٨/ ٢٣).

(٢) انظر: «مختصر خليل» ص٢٩٥.

(٣) انظر: «المختصر» ص٣٢٣.

(٤) انظر: «الهداية» (٢/ ٦٧).

(٥) انظر: «الحاوي» (٢٢/ ١٥٦)، و«الوسيط» (٧/ ٤٩٩)، و«التهذيب» (٨/ ٤١٨)، و«الروضة» (١٢/ ١٩٣)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٥١٢).

(٦) في (ظ): (شيء منه).

(٧) في (ز): (فإن).

وقوله في الكتاب: (والمكاتب كالـمستولدة)، يعني: في أنه لا يبـاع، لا في[١] الاستكساب المذكور[٢] في صورة المدبر.

الرابعة: إذا دبر أحد الشريكين نصيبه من العبد المشترك: فظاهر المذهب ـ وهو المذكور في الكتاب ـ: أنه لا يسري، ولا يقوّم عليه نصيب الشريك؛ لأن التدبير لا يمنع البيع، فلا يقتضي السراية، كما لو علق عتق نصيبه بصفة.

وأيضاً: فالتدبير إما وصية للعبد بالعتق، أو تعليق عتق بصفة، على ما سيأتي إن شاء الله تعالى، وكل واحد منهما بعيدٌ عن السراية.

وعلى هذا، فلو مات المدبر وعتق نصيبه، لم يسر إلى نصيب الشريك أيضاً؛ لأن الميت معسر، بخلاف ما إذا علق عتق نصيبه بصفةٍ ووجدت الصفة وهو موسر، يعتق نصيبه ويسري وفيه قول آخر.

ومنهم من يقول وجه ـ وبه قال مالك رحمه الله ـ: أن التدبير يسري، ويقوّم عليه نصيب الشريك؛ لأن التدبير يوجب استحقاق العتق بالموت، فصار كالاستيلاد.

ومن نصر المذهب، قال: الاستيلاد كالإتلاف؛ لأنه يمنع البيع، ولا سبيل إلى دفعه، والتدبير بخلافه.

وإذا دبّر بعض عبده الخالص، صح، ولا سراية، على ما سبق. هذا ظاهر المذهب.

ومن قال بالسراية إلى نصيب الشريك، فأولى أن يقول بالسراية هاهنا.

ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب: (لم يسر إلى الباقي) مع الميم والواو بالحاء؛ لأن عند أبي حنيفة رحمه الله: إذا دبر أحدهما نصيبه، يخير الشريك بين أن يضمنه القيمة، وبين أن يستسعي العبد، وبين أن يدبر نصيبه أو يعتقه.

---

(١) في (ظ): (لا يباع لأن في).

(٢) في (أ): (المذكورة).

قال رحمه الله:

(النَّظرُ الثاني: في أحكامِه:

وله حكمان:

الأول: ارتفاعُه، ويرتفعُ التَّدبيرُ بـخمسةِ[1] أمور:

الأول[2]: إزالةُ المُلك، وله أن يبيعَ المدبَّر، فإن عادَ الملك، فهل يعودُ التَّدبير؟ فيه خلاف).

مقصود النظر: بيان حكمين، أحدهما: ارتفاع التدبير بعد صحته. والثاني: سرايته إلى الولد.

أما الأول: فقد ذكر أن التدبير يرتفع بخمسة أمور:

أحدها: إزالة الملك ويجوز للسيد إزالة الملك[3] عن المدبر بالبيع والهبة والوصية وغيرها، سواء كان التدبير مطلقاً أو مقيداً، خلافاً لأبي حنيفة[4] رحمه الله في المطلق، ولمالك[5] رحمه الله في المطلق والمقيد معاً.

وعن أحمد[6] رحمه الله روايتان: إحداهما كمذهبنا. والأخرى: أن له بيعه للدين.

---

(١) لفظة: (خمسة) ليس في (ظ).

(٢) من قوله: (ارتفاعه ويرتفع) إلى هنا ليس في (ز).

(٣) قوله: (ويجوز للسيد إزالة الملك) ليس في (ز).

(٤) انظر: «الهداية» (٢/ ٦٧).

(٥) انظر: «مختصر خليل» ص٢٩٥.

(٦) انظر: «المقنع» ص٢٠٠، و«المغني» (١٤/ ٤١٩).

واحتج الأصحاب رحمهم الله بالخبر المذكور في صدر الباب، وقالوا: إن النبيَّ ﷺ باعه بإذن سيده، إلا أن الراوي لم يتعرض له؛ لأن مقصوده من سياق الخبر بيان أن بيع المدبر جائز في الجملة.

ومنهم من قال: باعه للدين، وللإمام بيع ملك الغير بغير إذنه للدين[1].

ويروى[2]: «أن رجلًا من الأنصار أعتق عبداً له عن دبر منه لا مال له غيره، وعليه دين، فبلغ ذلك النبي ﷺ، فباعه، وقضى الدين منه، ودفع الفضل إليه»[3].

وبما روي: «أنَّ عائشة رضي الله عنها باعت مدبرة لها سحرتها[4]»، ولم ينكر ذلك أحد من الصحابة رضي الله عنهم، ولا خالفها.

وبأن عتقه تعلق[5] بصفة، انفرد السيد بالتعليق بها، فيتمكن من بيعه كالمعلّق عتقه بدخول الدار.

واحترزوا بقولهم: «انفرد السيد بالتعليق به» عن الكتابة، وفرقوا بين التدبير والاستيلاد، بأن سبب العتق في الاستيلاد آكد وأقوى، ألا ترى أنه لا يعتبر من الثلث، ولا يمنع منه الدين، بخلاف التدبير؟

وإذا زال الملك عن المدبر ببيع وغيره، ثم عاد إلى ملكه، فهل يعود التدبير[6]؟

---

(١) قوله: (للدين) ليس في (ظ).

(٢) في (ز): (وروى).

(٣) الحديث سبق.

(٤) أخرجه الشافعي في «مسنده» (٢/ ٦٧)، والبيهقي من كتاب القسامة، باب من لا يكون سحره كفراً، (٨/ ١٣٧)، وعبد الرزاق في «مصنفه» (١٠/ ١٨٣) من كتاب اللقطة، باب قتل الساحر. وانظر: «التلخيص الحبير» (٤/ ٢١٦).

(٥) في (ي) و(ظ): (تعليق).

(٦) قوله: (التدبير) ليس في (أ).

يبنى على أن التدبير وصية للعبد بالعتق، أو هو تعليق عتق بصفة؟ وفيه قولان:

القديم وأحد قولي الجديد: أنه وصية؛ لأنه تبرع بعد الموت، فاعتُبر من الثلث.

والثاني من قولي الجديد: أنه تعليقُ عتقٍ بصفةٍ، كما لو علق بموت الغير، ويوضحه: أنه لا يفتقر إلى إحداث تصرّف بعد الموت، بخلاف الوصية.

فما[1] الأظهر من القولين؟

اختيار المزني[2] رحمه الله: الأول، وإلى ترجيحه ذهب القاضيان أبو الطيب والروياني، والموفق بن طاهر[3].

والأكثرون رجحوا الثاني، ومنهم الشيخ أبو حامد ومن تابعه والقاضي ابن كج رحمهم الله، وقالوا: إنه المنصوص في أكثر كتبه الجديدة، وبه قال أبو إسحاق المروزي.

فإن قلنا: إنه وصية، فإذا عاد الملك لا يعود التدبير، كما لو أوصى بمال وباعه ثم عاد إلى ملكه، لا تعود الوصية[4].

وإن قلنا[5]: تعليق عتق، فهو على الخلاف في عود الحنث، وقد مرّ أن الأقوى من هذا الخلاف أنه لا يعود الحِنْثُ، ويخرج مما ذكرنا أن الأظهر: أنه لا يعود التدبير.

---

(١) في (أ): (وأما).

(٢) انظر: «المختصر» ص٣٢٣، وانظر: «الروضة» (١٢/ ١٩٤).

(٣) سبقت ترجمته (١/ ٢٤٤).

(٤) قوله: (لا تعود الوصية) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

(٥) في (ز): (قلنا إنه).

قال:

(الثاني: أنّ له صريحَ الرُّجوعِ إن قُلنا: إنه وصية، وإن قُلنا: إنه تعليق، فلا. ولو قال: أعتِقوه عني، فله الرُّجوع، ولو قال: إذا متُّ فدَخلتَ[1] الدّار، أو لبستَ[2] فأنتَ حرّ، فهو تعليق، ولا رجوعَ عنه[3] بالصَّريح. ولا ينقطعُ التَّدبيرُ بالاستيلاد؛ لأنه يوافقُه، بخلافِ الوصيّة. وقولُه: إن دخلتَ الدّارَ فأنتَ مدبّرٌ، رجوعٌ عن التَّدبيرِ المطلق[4]).

هل يجوز الرجوع عن التدبير[5] بصريح الرّجوع، مثل أن يقول: «رجعت عنه» أو «فسخته» أو «نقضته» أو «أبطلته» أو «رفعته»؟ يُبنى ذلك على الخلاف الذي ذكرناه آنفاً؛ إن قلنا: إن التدبير وصية، فيجوز. وإن قلنا: تعليق عتق بصفة، فلا؛ كما في سائر التعليقات.

والخلاف مطردٌ في التدبير المطلق والمقيد على أظهر الطريقين. ومنهم من خصص الخلاف في التدبير المطلق، وقطع في المقيد بمنع الرجوع؛ لأنه لا يتعلق بمطلق الموت، فهو بسائر التعليقات أشبه.

ولا خلاف في أنه لو قال: «أعتقوا فلاناً عني إذا متُّ»، يجوز الرجوع عنه بصريح لفظ الرجوع، كما في سائر الوصايا. ولا في أنه إذا ضمَّ إلى الموت صفة أخرى

---

(١) في (ز): (أو شئت).

(٢) في (ز): (أو شئت).

(٣) في (ظ): (منه).

(٤) في (أ) و(ظ): (الذي سبق التدبير المقيّد)، وهو زائد.

(٥) في (أ): (تدبير سبق).

فقال: «إذا متُّ، فدخلت الدار أو لبست[1]، فأنت حرٌّ»، لا يجوز الرجوع باللفظ[2]، وإنما القولان[3] في التدبير.

واحتجّ المزني رحمه الله لجواز الرجوع عنه بأنه قد نصّ على: أنه لو قال: «إن أديت بعد موتي إلى ورثتي[4] كذا، فأنت حرٌّ»، كان ذلك رجوعاً، حتى لا يعتق إلا إذا أدّى ما ذكره.

وأنه لو وهب[5] المدبّر ولم يقبضه، حصل الرجوع.

وأجاب الأصحاب رحمهم الله عن الأول: بأن ما ذكره تفريع منه على قول جواز الرّجوع لفظاً، فإن لم نجوّزه لم يكن ذلك رجوعاً، وإذا مات عتق المدبر.

وعن الثاني: بمثل هذا الجواب.

وذكر بعضهم: أنه إذا وهبه حصل الرجوع على القولين وإن لم يقبضه؛ لأنّ إفضاء الهبة إلى زوال الملك.

قال الإمام[6] رحمه الله: والوجه، القطع بأنّ مجرد الهبة لا يبطل التدبير على قولنا: إنه تعليق.

نعم، إذا اتصل بها الإقباض، فإن قلنا: يحصل الملك عند القبض، فحينئذ ينقطع التدبير.

---

(١) في المطبوع من كتاب «العزيز» (١٣/ ٤٢١): (أو لبست الحرير)، وذكر في هامش (٢): «في (أ): (الثوب)» وليس في (ز) شيء من ذلك. (م ع).
(٢) في: (ظ): (بالقول).
(٣) في: (ظ): (بالقول).
(٤) في (ظ): (إذا أديت إلى وارثي).
(٥) في (ظ): (ذهب).
(٦) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٣٢٨).

وإن قلنا: يتبين استناد الملك إلى حالة الهبة، فهل يتبين انقطاع التدبير من وقت الهبة؟ فيه تردد.

وكذا لو فرض بيعٌ بشرط الخيار، وقلنا: إنه يزيل الملك، فهل يبطل التدبير قبل لزوم البيع؟ فيه تردد.

قال: وأثر ذلك أنا إذا قلنا: إنه لو زال الملك على وجه اللزوم وعاد، فالتدبير منقطع.

فلو زال على الجواز وعاد، هل يحكم بانقطاع التدبير؟ فيه تردد.

والذي أطلقه صاحب «التهذيب»[1] رحمه الله: أنّ البيع بشرط الخيار، يقطع التدبير على القولين.

ولو باع نصف المدبّر، أو وهب وأقبض، بطل التدبير في النصف المبيع أو الموهوب، وبقي في الباقي.

وحكى القاضي ابن كج طرقاً في أن رهن المدبر[2]، هل يرفع التدبير؟

أظهرها: البناء على أنه وصية، أو تعليق عتق بصفة.

والثاني: أنه ليس برجوع على القولين؛ لأنّ الرهن لا يزيل الملك.

والثالث: أنه رجوع على القولين، كما سبق مثله في الهبة[3] قبل القبض، ومجرّد الإيجاب في الرّهن والهبة[4]، إن جعلناه وصية على الخلاف المذكور في

---

(١) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٤١١).

(٢) في (ز): (أنّ المدبر رهن).

(٣) في (ظ): (في القسمة).

(٤) في (ز): (الإيجاب في الهبة والرّهن)، وفي (ظ): (الإيجاد في الهبة والرّهن).

الوصية أنه هل يكون رجوعاً؟ وإن جعلناه تعليقاً فلا أثر له ولا يرتفع بالاستخدام، والتزويج على القولين[(١)] إذا جعلناه وصية فيرتفع بالعرض على البيع. وسائر ما ذكرناه في باب الوصية.

نعم، الوطء ليس برجوع عن التدبير وإن جعلناه وصية، سواء[(٢)] عزل أو لم يَعْزِلْ، بخلاف ما في الوصية، فإنا قد نجعل الوطء مع ترك العزل رجوعاً؛ لأنه يدل على قصد الإمساك، وهاهنا إذا ترك العزل فأحبل يحصل الاستيلاد، وأنه يحقق مقصود التدبير ويؤكّده، وهو العتق.

فإن استولدها، فالذي أورده أكثر سلف الأصحاب وخلفهم رحمهم الله: أنه يبطل التدبير؛ لأن الاستيلاد أقوى[(٣)]، فيرتفع به الأضعف، كما يرتفع ملك النكاح بملك اليمين.

ولو دبر مستولدته، لم يصح؛ لأنها تستحق العتق بالموت بجهةٍ هي أقوى من التدبير. وفي «طريقة الصيدلاني» رحمه الله: أنه لا يبطل التدبير، ويكون لعتقها يوم موت السيد سببان. وعلى هذا جرى الإمام[(٤)] وصاحب الكتاب، مع اعتراف الإمام[(٥)] بأنه لا أثر لبقاء التدبير. وقال الروياني في «الكافي»: وقيل: لا نقول ببطلان التدبير[(٦)]، ولكنه يدخل في الاستيلاد، كما لو طرأت الجنابة على الحدث.

---

(١) من قوله: (وإن جعلناه تعليقاً) إلى هنا ليس في (ظ).

(٢) في (أ): (جعلناه).

(٣) في (ز): (قوي).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٣٢٧).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٣٢٧).

(٦) قوله: (التدبير) ليس في (أ).

ولو كاتب المدبّر، فهل يرتفع التدبير؟ فيه وجهان مبنيان على الخلاف المذكور: إن جعلناه وصية ارتفع، كما لو أوصى لإنسان بعبد، ثم كاتبه. وإن قلنا: تعليق عتق بصفةٍ، فلا؛ لأن مقصود الكتابة العتق أيضاً، فيكون مدبراً أو مكاتباً، كما لو دبّر عبده المكاتب، فإن أدّى النجوم عتق بالكتابة، وإن مات السيد[1] قبل الأداء عتق بالتدبير، فإن لم يخرج من الثلث عتق قدر[2] الثلث، وبقيت الكتابة في الباقي، فإذا أدّى قسطه عتق.

وهذا ما يحكى عن نص الشافعي رضي الله عنه، وهو الذي أورده الشيخ أبو حامد رحمه الله وجماعة.

وزاد القاضي أبو حامد[3] فقال: يسأل عن كتابته، فإن أراد بها الرجوع عن التدبير، ففي ارتفاعه القولان، وإن قال: «لم أقصد بها الرجوع»، فهو مدبّر مكاتب على القولين جميعاً.

ورأى القاضي ابن كجّ: القطع بأن الكتابة ترفع التدبير؛ لأنّ العبد يصير بعقد الكتابة مالكاً[4] لنفسه، فكأن السيد أزال ملكه عنه، فيكون الحكم كما لو باع.

وخرّج الإمام[5] على الخلاف في الكتابة ما لو علق عتق المدبر بصفة؛ لأنه لو أوصى به ثم علّق عتقه بصفةٍ كان التعليق رجوعاً عن الوصية.

---

(١) في (أ): (العبد)، وهو خطأ.

(٢) قوله: (قدر) ليس في (ظ).

(٣) قوله: (أبو حامد) ليس في (ز).

(٤) في (ظ): (ملكاً).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٣٢٧).

والذي أورده صاحب «التهذيب»[١]: أنه يصحّ التعليق بالصفة الأخرى، ويبقى التدبير بحاله، كما لو دبّر المعلق عتقه بصفة، يجوز.

ثم إن وجدت الصفة قبل الموت، عتق، وإن مات قبلها عتق عن التدبير.

وفي «الوسيط»[٢] ما يقتضي تفصيلًا، وهو أنه إن قال: «إن دخلت الدار فأنت حرّ»، فقد زاده شيئاً آخر للحرية، وليس ذلك برجوع.

وإن قال: «إن دخلت الدار بعد موتي»، فهو رجوع عن التدبير المطلق؛ لأنه ينافي تعليق الحرية بمجرد الموت، وقد ذكر هذا في[٣] الطرف الثاني في الكتاب.

واعلم أنه إن أراد بقوله: «هذا رجوع، وذاك ليس برجوع»، أنّ هذا يقتضي نقض التدبير المطلق وذاك[٤] لا يقتضيه، ليعرف أن[٥] ما يقتضي نقضه يكون على الخلاف في أنّ التدبير هل يجوز نقضه من غير إزالة الملك؟ فهذا صحيح، ولا يحتاج إلى إعلامه بالواو.

وإن أراد: أن هذا يرفع التدبير وذاك لا يرفعه، فليعلم قوله في الكتاب: (رجوع عن التدبير المطلق) بالواو، وكيف لا؟ وهذه الصورة مثل قوله: «إن أديت إلى ورثتي بعد موتي كذا، فأنت حرّ»، وقد ذكرنا أنها مخرجة على الخلاف في[٦] أنّ الأرجح أنه لا يرفعه.

---

(١) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٤١١).

(٢) «الوسيط» للغزالي (٧/ ٥٠٠). وفي (ز): (الوصية).

(٣) قوله: (في) ليس في (أ) و(ي).

(٤) في (أ): (وذلك).

(٥) قوله: (أن) ليس في (أ).

(٦) قوله: (في) ليس في (ز) و(ظ).

ثم اعلم أنَّ التفصيل المذكور قد نسبه ناسبون إلى نصِّهِ في «الأم»[(١)].

وادّعى القاضي أبو الطيب، أن قوله: «إن دخلت الدار بعد موتي»، ونحوه، يرفع[(٢)] التدبير على القولين، وهو كاحتجاج المزني بنصّه فيما إذا قال: «إن أدّيت بعد موتي كذا».

فروع:

الأول: إذا قال: «قد رجعت عن التدبير في نصفه» أو «ربعه»، بقي التدبير في الجميع إن قلنا لا يجوز رفعه بلفظ الرّجوع، وإن جوّزناه ارتفع فيه[(٣)]، وبقي في الباقي.

الثاني: عن نصه رضي الله عنه في «الأم»[(٤)]: أنه إذا دبر عبده ثم خرس، فإن لم يكن له إشارة مفهمة، ولا كتابة، فلا مُطْلِعَ على رجوعه.

وإن كانت إشارة أو كتابة، فإن أشار بالبيع ونحوه ارتفع التدبير، وإن أشار بنفس الرجوع فعلى الخلاف.

الثالث: ذكرنا في خلال الكلام: أنه لو دبر عبده المكاتب يجوز، وأنه لو أدّى النجوم قبل موت السيد عتق بالكتابة، وحينئذ فيبطل التدبير. ولو عجّز نفسه أو عجّزه السيد، بطلت الكتابة، وبقي التدبير.

ولو مات السيد قبل الأداء والتعجيز، فيعتق بالتدبير إن احتمله الثلث، وحينئذ فعن الشيخ أبي حامد رحمه الله: أنه تبطل الكتابة.

---

(١) «الأم» للشافعي (٨/ ١٩).

(٢) في (أ): (يرتفع).

(٣) قوله: (فيه) ليس في (أ).

(٤) «الأم» للشافعي (٨/ ٢١).

قال ابن الصباغ رحمه الله: وعندي أنه ينبغي أن[1] يتبعه ولده وكسبه، كما لو أعتق السيد مكاتبه قبل الأداء، وكما لا يملك إبطال الكتابة بالإعتاق، وجب أن لا يملكه بالتدبير. قال: ويحتمل أن يريد بالبطلان، زوال العقد دون سقوط أحكامه.

وقوله في الكتاب: (ولو قال: «إذا مت وأنت دخلت الدار أو لبست»)، كذا هو في بعض النسخ، وفي بعضها: («إذا مت فدخلت الدار أو شئت»)، وكلاهما صحيحٌ مؤدٍّ للغرض.

وقوله: (ولا ينقطع التدبير بالاستيلاد)، معلم بالواو، وجواب الأكثر: الانقطاع، كما بينا.

قال:

(الثالث: إنكارُ السَّيِّدِ رجوع، وقيل: ليسَ برجوعٍ بل يَحلِف، وكذا الخلافُ في إنكارِ الوصيّةِ والوكالةِ هل هو رجوع؟ وإنكارُ البيعِ الجائزِ ليسَ بفَسخ[2]، كما أن إنكارَ الطلاقِ الرَّجعيِّ ليسَ برجعة).

إن لم نجوّز الرجوع عن التدبير بلفظ الرجوع، فإنكار السيد التدبير ليس برجوع، فإن جوزناه، فهل هو رجوع؟ وكذا إنكار الموصي الوصية والموكّل الوكالة، هل يكون رجوعاً؟ فيه[3] ثلاثة أوجه جمعها الإمام[4]:

---

(١) من هنا فقدت بعض الأوراق من (ز)، وموضعها بين الوجهين (أ) و(ي) من ورقة واحدة، مما يدل على أنها أوراق مفقودة، وليس سقطاً من أصل النسخة، وسيأتي التنبيه إلى آخر هذا الفوت في نهايته بعد عشر صفحات. (م ع).

(٢) في (أ): (برجوع).

(٣) من قوله: (وكذا إنكار الموصي) إلى هنا ليس في (ظ).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٣٢٤-٣٢٥).

أحدها: نعم؛ لأنّ هذه العقود عُرضة للفسخ والرفع[1].

ولو قال: «لست بمدبرٍ[2]»، أو «لست بوكيل من جهتي»، أو «ليس هذا موصى به»، وجب القطع بارتفاع هذه العقود، وكذلك إذا قال: «لم أدبر»، و«لم أوكّل»، و«لم أوص»؛ لأنّ قضيته أنه ليس بمدبر ولا وكيل في الحال.

والثاني: لا؛ لأن الإنكار إخبار عما مضى، فإذا كان كذباً لم يؤثر. وأيضاً: فإن إنكار الأصل ينافي الرفع ويضاده، ولا يحصل به الارتفاع.

والثالث: أن الوكالة ترتفع؛ فإن فائدتها العظمى تتعلق بالموكل، ولا ترتفع بالتدبير والوصية؛ لأنهما عقدان يتعلق بهما عوض[3] شخصين، فلا يجعل إنكار أحدهما رفعاً له، وهذا أظهر[4]، وهو المنصوص عليه في التدبير، والمذكور في الكتاب في الوكالة[5]، وإنكار البيع الجائز لا يكون فسخاً للبيع. قال الإمام[6] رحمه الله[7]: وفيه احتمال؛ أخذاً مما قيل في التدبير والوصية[8].

ولو ادّعت المرأة على زوجها طلاقاً رجعياً فأنكر، لم يكن الإنكار رجعة بالاتفاق؛ لأنّ الرجعة تجديد حل، ورفع تحريم واقع، فلا يتضمن نفي موجبها إنشاءها.

---

(١) في (ظ): (والردّ).

(٢) في (ي): (لست مدبراً).

(٣) في (أ) و(ي): (عرض).

(٤) قوله: (أظهر) ليس في (أ).

(٥) في (أ): (والوكالة).

(٦) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٣٢٥).

(٧) قوله: (قال الإمام رحمه الله) ليس في (ظ).

(٨) في (ظ): (في الوصية والتدبير).

إذا عرفت[١] ذلك، فإذا ادّعى العبد على سيده[٢] «أنه دبره»، أو «أعتقه[٣]»، أو علّق عتقه[٤] بصفةٍ أو تدبيرٍ[٥]، ففي سماع هذه الدعوى خلاف مذكور في الدعاوى.

وقد بُني الخلاف في دعوى التدبير على أنه تعليق عتقٍ بصفة أو وصية[٦][٧]:

إن قلنا: إنه تعليق عتق، فتسمع؛ لأنّ السيد لا يملك الرجوع فيه[٨] بلفظ الرجوع[٩].

وإن قلنا: إنه وصية، فوجهان، بناء على أن إنكاره هل يكون رجوعاً؟ إن قلنا: لا، فتسمع، وإن قلنا: نعم، فلا تسمع. هكذا رتب جماعة رحمهم الله.

وقضية هذا البناء والترتيب، مجيء طريقة قاطعة بأن دعوى تعليق العتق مسموعة[١٠] مع إثبات الخلاف في دعوى التدبير.

وذكر الإمام[١١] قدس الله روحه: أنا إن لم نجعل الإنكار رجوعاً، ففي سماع الدّعوى، الوجهان المذكوران في سماع الدّعوى بالدين المؤجّل.

---

(١) في (ظ): (عُرِفَ).
(٢) في (ي): (السيّد).
(٣) قوله: (أعتقه) ليس في (ي).
(٤) قوله: (أو علق عتقه) ليس في (ظ).
(٥) قوله: (أو تدبير) ليس في (ي) و(ظ).
(٦) في (ي): (عتق بصفة أو تدبير).
(٧) من قوله: (ففي سماع هذه الدعوى) إلى هنا ليس في (أ).
(٨) في (ي): (عنه).
(٩) من قوله: (إن قلنا إنه تعليق) إلى هنا ليس في (ظ).
(١٠) في (أ): (تسمع).
(١١) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٣٢٥).

ووجه[١] المنع: أنّ عماد الدّعوى أن يستحقّ المدّعى عليه مطالبةً وإلزاماً، والمدبّر لا يستحق شيئاً على السيد في الحال.

وهذا يطرد في دعوى تعليق العتق.

وأنا[٢] إن جعلنا الإنكار رجوعاً، فلا يبعد أن تسمع الدعوى؛ إذ لا يتعين مقابلة الدعوى بالإنكار، بل قد[٣] يقر المدعى عليه وقد يسكت، فلا يتوجه ردُّ الدعوى من الابتداء، وأنَّ في سماع شهادة الحسبة على التدبير[٤] بين الخلاف المذكور في سماع الدعوى ورد شهادة الحسبة أولى؛ لأن موضع الحسبة ما إذا ثبت لله تعالى حقّ، وكان ذلك الحقّ مجحوداً، فينتهض الشاهد لإثباته محتسباً.

وإذا توجّهت الدعوى وأنكر السيد، فله أن يسقط اليمين عن نفسه بأن يقول: «إن كنت دبرته، فقد رجعت عنه»، إذا جوزنا الرجوع باللفظ.

وكذا لو قامت البينة عليه، وحكم الحاكم، فله الدفع بهذا الطريق، على هذا القول.

ولو ادّعى على[٥] الورثة أن مورثهم دبره، وأنه قد عتق بموته، فيحلفون على نفي العلم.

ولا يثبت التدبير إلا بشهادة رجلين؛ لأنه ليس بمال، وهو مما يطلع عليه الرجال، ويثبت الرجوع عنه بشهادة رجل وامرأتين، وبشاهد ويمين؛ لأنّ المقصود منه المال.

---

(١) في (أ) و(ظ): (وجه).

(٢) قوله: (وأنا) ليس في (ظ).

(٣) قوله: (قد) ليس في (ظ).

(٤) قوله: (التدبير) ليس في (ظ).

(٥) قوله: (على) ليس في (أ).

وحكى الفوراني رحمه الله فيه وجهاً آخر؛ لأنّ مدعي الرجوع ينفي حصول الحرية بالموت.

وقوله في الكتاب: (إنكار السيد رجوع، وقيل ليس برجوع بل يحلف)، هذا السياق يشعر بترجيح كونه رجوعاً، والأظهر عند أكثر الأصحاب رحمهم الله ـ على ما قدمناه ـ: أنه ليس برجوع، وقد يقرب الخلاف من الخلاف في أن إنكار الزوجية هل هو طلاق؟ والظاهر أنه ليس بطلاق.

وفي «التهذيب»[١] وغيره: أنّ المذهب سماع الدّعوى بالتدبير، وتعليق العتق بالصفة[٢].

قال:

(الرابع: مجاوزةُ الثلث، فإذا دبَّر عبداً لا مالَ له غيرُه، عتقَ بموتِه ثلثُه، وكذا لو دَبَّرَ في الصِّحّة، ولو كانَ له مالٌ غائبٌ لم يتَنجَّز عتقُ ثلثِه على أحدِ القولَين، حتى لا يَتسلَّطَ العبدُ على شيءٍ قبلَ تسليطِ الوَرثةِ على مِثلَيه، وكذا الخلافُ في الوصيّة).

في الفصل مسائل، منها ما هو مذكور في الكتاب، ومنها ما هو غير مذكور:

إحداها: عتق المدبّر يعتبر من الثلث؛ لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما موقوفاً ومرفوعاً[٣]: «أنّ المدبر من الثلث»[٤]. وأيضاً: فإنه تبرعٌ يلزم بالموت، فيكون من

---

(١) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٤١٤).

(٢) في (ظ): (بالطلاق).

(٣) في (ي): (مرفوعاً وموقوفاً)، وفي (ظ): (موقوفاً أو مرفوعاً).

(٤) الحديث: أخرجه البيهقي في «سننه» (١٠/ ٥٢٩) من كتاب التدبير، باب المدبر من الثلث، من =

الثلث كالوصية. وأيضاً: فإنّ الإعتاق في المرض أقوى من التدبير؛ لأنه منجز، ولازمٌ لا رجوع عنه، ثم هو معتبر من الثلث، فالتدبير أولى أن يعتبر من الثلث، وإنما يعتق المدبر من الثلث بعد الديون، كما ذكرنا في الوصايا، فلو كان عليه دين مستغرق للتركة، لم يعتق منه شيءٌ، وإن لم يكن دين ولا مال سواه، عتق منه ثلثه، وإن كان عليه دين يستغرق نصفه، بيع نصفه في الدين، ويعتق من الباقي ثلثه، ولا استسعاء.

وعند أبي حنيفة[(١)] رحمه الله: يستسعى للورثة وللدين[(٢)] حتى يعتق كله.

وفي «تعليقة إبراهيم المروروذي»: أن الحيلة في أن يعتق جميع العبد بعد الموت، وإن لم يكن له مال سواه، أن يقول: «هذا العبد حر قبل مرض موتي بيوم، وإن مت فجأة فقبل موتي بيوم»، فإذا مات بعد التعليقين بأكثر من يوم، عتق العبد من رأس المال، ولا سبيل عليه لأحد.

= حديث نافع عنه، وفيه علي بن ظبيان عن عبيد الله بن عمر عن نافع. وأخرجه الشافعي في «الأم» (٨/ ١٨)، عن علي بن ظبيان، وقال: قلت لعلي: كيف هو؟ فقال: كنت أحدث به مرفوعاً، فقال لي أصحابي: ليس هو بمرفوع، فوقفته. قال الشافعي: والحفّاظ يقفونه على ابن عمر. وأخرجه الدارقطني (٤/ ١٣٨) من كتاب المكاتب، من حديث عبيدة بن حسّان عن أيوب عن نافع مرفوعاً، بلفظ: «المدبر لا يباع ولا يوهب، وهو حُرٌّ من الثلث»، قال أبو حاتم: عبيدة منكر الحديث. وقال الحافظ ابن حجر في «التلخيص» (٤/ ٢١٥): «وقال الدارقطني في «العلل»: الأصح وقفه. وقال العقيلي: لا يعرف إلا بعلي بن ظبيان، وهو منكر الحديث. وقال أبو زرعة: الموقوف أصح. وقال ابن القطان: المرفوع ضعيف. وقال البيهقي: الصحيح موقوف كما رواه الشافعي، وروي من وجه آخر عن أبي قلابة مرسلاً: «أن رجلاً أعتق عبداً له عن دبر، فجعله النبي ﷺ من الثلث»، وعن علي كذلك موقوفاً عليه، وروي بسنده عن عثمان بن أبي شيبة أنه قال: حديث علي بن ظبيان خطأ». والحديث أخرجه أيضاً ابن ماجه (٢/ ٨٤٠)، حديث (٢٥١٤) من كتاب العتق، باب المدبر، وقال فيه: «ليس له أصلٌ».

(١) انظر: «الهداية» (٢/ ٦٧).

(٢) في (ظ): (والدين).

ولو اقتصر على قوله: «أنت حر قبل موتي بيوم» أو «بشهر»، فإذا مات، نظر: إن كان في أول اليوم أو الشهر قبل الموت مريضاً فيعتبر عتقه من الثلث، وإن كان صحيحاً فمن رأس المال، ولا فرق في الاعتبار من الثلث بين أن يقع التدبير في الصحة أو في المرض كالوصية.

الثانية: إذا دبر عبداً ومات، وباقي ماله: غائب عن بلدة الورثة، أو دين على معسر، فلا يعتق جميع المدبّر. وهل يعتق جميع ثلثه؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، واختاره القاضي أبو حامد رحمه الله؛ لأن الغيبة لا تزيد على العدم، ولو لم يكن يملك إلا هذا العبد لعتق ثلثه، فكذلك عند الغيبة. وعلى هذا، فثلث أكسابه بعد موت السيد له، ويوقف الباقي.

وأظهرهما ـ على ما ذكر الشيخ أبو حامد، وصاحب «التهذيب»[١]، وغيرهما رحمهم الله ـ: أنه لا يعتق حتى يصل المال إلى الورثة؛ لأنّ في تنجيز العتق، تنفيذ التبرع من[٢] الثلث قبل تسلط الورثة على الثلثين؛ إذ[٣] لا بد من التوقف في الثلثين إلى أن يتبين حال الغائب. وعلى هذا فتوقف الأكساب، فإن حضر الغائب[٤]، بان أنه عتق، وأن الأكساب له.

ويقال: إن الخلاف في المسألة قولان، منصوص ومخرج، والمنصوص الثاني.

وإذا كانت قيمة المدبر مئة، والغائب قدر مئتين، فحضرت مئة:

فعلى الوجه الأول: يعتق ثلثاه؛ لأن ثلثه عتق في الحال، فإذا حضرت مئة عتق بقدر ثلثها أيضاً.

---

(١) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٤٠٩-٤١٠).

(٢) في (أ): (في)، وهو خطأ.

(٣) قوله: (إذا) ليس في (ظ).

(٤) قوله: (الغائب) ليس في (ي).

وعلى **الثاني**: يعتق نصفه؛ لحصول مثليه للورثة، فإن حضرت مئة وتلفت مئة، استقر العتق في ثلثيه[١]، وتسلط الورثة على ثلثه[٢] وعلى المئة.

وفي «طريقة الصيدلاني» ـ تفريعاً على أنه يعتق من المدبر ثلثه[٣] ـ: أن للوارث التصرف في الثلثين، فإن حضر المال الغائب نقض تصرفه.

وأنه لو أعتق الوارث الثلثين ولم يحضر[٤] المال الغائب فولاء الثلثين له، وإن حضر:

فعن ابن سريج[٥]: أن الجواب كذلك؛ لأنه أعتق، وله العتق.

وأنّ فيه وجهاً آخر: أن ولاء الجميع للمورث؛ بناءً على أن إجازة الورثة تنفيذ أو ابتداء عطية؟

واشتدّ نكير[٦] الإمام[٧] رحمه الله على هذا، وقال: إعتاق الورثة أنفسهم رد للتدبير، ولا سبيل إلى رد التدبير بسبب غيبة المال، بل الوجه التوقف، فإن حضر المال بان نفوذ العتق في الجميع، ولكن مستنداً إلى وقت الموت، أو عند حصول القدرة؟ فيه احتمالان، أوجههما الأول. قال: ولو كانت التركة بحيث يفي ثلثها بالمدبر، لكن كان عليه دين مستغرق، فأبرأ مستحقّ الدّين عن الدّين بعد أيام من الموت[٨]، فيستند العتق إلى وقت

(١) في (أ): (ثلثه).

(٢) في (ي): (ثلثيه).

(٣) في (ي): (ثلثيه).

(٤) في (أ): (لم يحصل).

(٥) في (أ): (فعن أبي العباس وابن سريج).

(٦) في (ظ): (واستنكر).

(٧) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٣١٣).

(٨) في (ظ): (بعد أيام من الموت عن الدّين).

الموت، أو يتنجّز من وقت سقوط الدّين؟ فيه احتمالان. والأظهر في هذه الصورة: الثاني.

ولو كان له دينٌ في ذمة إنسان ليس له غيره، فأبرأ عنه في مرض الموت، أو عن ثلثه، هل تحصل البراءة عن الثلث قبل وصول الثلثين؟ فيه الخلاف المذكور في أن العتق هل ينفذ من الثلث[1]؟ والأصح المنع.

ويجري الخلاف فيما إذا مات عن اثنين، ولم يترك إلا ديناً على أحدهما، هل يبرأ من عليه الدين عن نصفه؟

ففي وجه: لا؛ وإلا لاختص بحقّه قبل أن يتوفر على أخيه حقّه، وقد أمرنا بالتسوية بينهما.

وفي وجه: نعم؛ إذ لا يمكن أن يملك على نفسه ديناً.

ولو أوصى بعين مالٍ يخرج من الثلث، وباقي ماله غائب، هل يسلّم إلى الموصى له ثلث العين، أم ينتظر حضور الغائب؟ فيه مثل الخلاف المذكور في العتق، وقد تقدّم في باب الوصية.

وقوله في الكتاب: (وكذا الخلاف في الوصية)، معاد هاهنا.

ولو أوصى بثلث ماله، وبعض ماله حاضر وبعضه غائب، أو البعض عين والبعض دين، فيدفع إلى الموصى له ثلث الحاضر والعين، وما يحضر ويحصل من بعد فيقسم كذلك.

الثالثة: وإذا علق عتق عبده بصفة، فوجدت تلك الصفة في مرض الموت، ينظر:

---

(١) في (أ): (في الثلث).

إن كان التعليق بصفة لا توجد إلا حينئذٍ، كما إذا قال: «إن دخلت الدار في مرض موتي فأنت حرٌّ» أو «إذا[١] مرضت مرض الموت»، فيعتبر عتقه من الثلث، كما لو أعتقه حينئذ.

وإن كان يحتمل أن توجد في الصحة، ويحتمل أن توجد في المرض[٢]، فقولان:

أصحهما: أنه يعتق من رأس المال؛ لأنه حين علق لم يكن متهماً بإبطال حقّ الورثة.

والثاني ـ وبه قال أبو حنيفة[٣] رحمه الله ـ: يعتق من الثلث؛ اعتباراً بوقت وجود الصفة، فإن العتق حينئذ يحصل.

وهذا كالخلاف في أنه إذا علق طلاق امرأته في الصحّة، ووجدت الصفة في المرض، هل يجعل فاراً؟

قال الإمام[٤] رحمه الله: ومن هذا الأصل اختلف الأصحاب رحمهم الله، في أنه إذا شهد اثنان على تعليق العتق بصفة، وآخران على وجود الصفة، وحكم القاضي بنفوذ العتق، ثم رجعوا، يكون الغرم عليهم جميعاً، أم يختص به شهود التعليق؛ لأنّ التعليق[٥] هو الموقع، والصّفة محل الوقوع أو وقته[٦]؟

وقياس اعتبار الصفة هاهنا: تخصيص الغرم بشهود الصفة، لكن لا صائر إليه.

---

(١) في (أ): (وإذا).

(٢) في (ظ): (وإن كان يحتمل أن توجد في المرض).

(٣) انظر: «الهداية» (٢/ ٦٧).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٣٢٣).

(٥) قوله: (لأن التعليق) ليس في (ظ).

(٦) في (ظ): (أوفقه).

والخلاف فيما إذا كانت الصفة محتملة الحصول[١] في الصحة والمرض، ووجدت في المرض بغير اختياره.

فإن وجدت باختياره، اعتبر[٢] العتق من الثلث؛ لأنهم ذكروا أنه لو قال: «إن دخلت الدار أو كلمت فلاناً فأنت حرٌّ»، ثم دخلها أو كلمه في مرض موته، يعتبر العتق من الثلث؛ لأنه اختار حصول العتق في مرضه.

ولو باع الصحيح بمحاباة، وشرط الخيار، ثم مرض في مدة الخيار، لم يفسخ حتى مات، اعتبرت المحاباة من الثلث؛ لأنه ألزم العقد في المرض باختياره، فأشبه ما إذا وهب في الصحة، وأقبض في المرض.

فروع:

لو علق عتق عبده بصفة وهو مطلق التصرف، فوجدت الصّفة وهو محجور عليه بالفلس، عتق العبد، إن قلنا: الاعتبار بحالة التعليق.

وإن قلنا: الاعتبار بحالة وجود الصفة، فهو كإعتاق[٣] المفلس.

ولو[٤] علقه بصفة، فوجدت الصفة بعد ما جُنَّ أو حُجر عليه بالسّفه، يعتق وجهاً واحداً كذلك. ذكره في «التهذيب»[٥]، وفرّق بأن حَجْر المريض والمفلس كلاهما لحقّ الغير، هذا للورثة وهذا لحقّ[٦] الغرماء[٧]، بخلاف حجر السّفيه والمجنون.

---

(١) في (أ): (للحصول)، وفي (ظ): (الوقوع).

(٢) هنا نهاية الفوت الذي وقع في (ز)، وتقدمت الإشارة إليه قبل عشر صفحات. (م ع).

(٣) في (ز): (فهو إعتاق).

(٤) في (أ): (فلو).

(٥) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٤١٣).

(٦) قوله: (لحقّ) ليس في (ز).

(٧) في (أ) و(ز): (للغرماء).

وعن صاحب «الإفصاح» رحمه الله: أنه لو قال: «إن جُننت فأنت حر»، فجنّ، ففي العتق وجهان:

أحدهما: لا يعتق؛ كما لو أعتق في حال الجنون.

والثاني: يعتق؛ لأن الإيقاع حصل[١] في الصحة.

وقد يخرج هذا الخلاف فيما إذا كان التعليق بصفة غير الجنون، فوجدت[٢] في الجنون.

ولو قال: «إن مرضت مرضاً مخوفاً فأنت حر»، فمرض مرضاً مات منه، يعتق العبد، ويكون عتقه من الثلث.

وعن أبي الحسين[٣] بن القطان رحمه الله، وجه آخر: أنه يعتق من رأس المال؛ لأن التعليق وقع في الصحة.

ولو مرض مرضاً مخوفاً ثم برأ منه يعتق، ويكون عتقه من رأس المال. وخرّج القاضي ابن كجّ رحمه الله وجهاً: أنه لا يعتق؛ أخذاً من الخلاف فيما إذا حجّ وهو معضوب، ثم برأ.

ونختم الفصل، بإعادة إشكال في الخلاف المشهور، في أن ثلث المدبر هل يعتق في الحال عند غيبة باقي المال، وقد ذكرناه في باب الوصية، وذلك لأن الثلث عتق بكل حال، فلا معنى للتوقف والتأخير فيه، ولا فائدة للوارث في ذلك، فإنه ممنوع من التصرف في جميع العبد فضلاً عن التصرف في الثلث.

---

(١) في (ظ): (وقع).

(٢) في (ظ): (فوجدت الصفة).

(٣) في (أ): (الحسن).

وأيضاً: فلو لم يعتق الثلث في الحال لبقي الملك فيه، والمملوك لا بد له من مالك، ولا يمكن أن يكون ملكاً للميت، ولو كان ملكاً للوارث لما عتق إلا بإعتاقه.

قال:

(الخامس: إذا جنى المدبَّرُ بيع، فإن فداه السَّيدُ بَقِيَ التَّدبير، وإن ماتَ السَّيدُ فللوَرثةِ أن لا يَفدوه على قول، وإن وفّى الثُّلثُ بالفداءِ والعتق، وقيل: يجبُ الفداء).

الجناية على المدبر كهي على القِنّ، فإن قتل فللسيد القصاص، أو القيمة، ولا يلزمه أن يشتري بها عبداً فيدبره، بخلاف ما إذا أوقف متاعاً فأتلف، فإنا قد نقول يشتري بقيمة مثله، ويوقف؛ لأنّ مقصود الوقف أن ينتفع به الموقوف عليهم وهم باقون، ومقصود التدبير أن ينتفع به ذلك العبد ولم يبق. وإن جنى على طرفه فللسيد القصاص أو الأرش، ويبقى التدبير بحاله.

هذا حكم الجناية عليه. وأما حكم جنايته ـ وهو الذي أورده في الكتاب ـ: فهو فيها كالقِنّ أيضاً:

فلو جني على إنسان بما يوجب القصاص، اقتص منه وفات التدبير. وإن جنى بما يوجب المال وعاد بالعفو إليه، فللسيد أن يفديه، وأن يسلمه ليباع في الجناية:

فإن فداه، بقي التدبير فيه، وفيما يفديه به[1] من أرش الجناية أو الأقلّ منه، ومن قيمته، القولان السابقان في القِنّ. وإن سلمه للبيع فبيع جميعه، ارتفع التدبير فيه.

فإن عاد إلى ملكه، ففي عود التدبير ما مرَّ في الباب تفريعاً على أنه وصية، وعلى

---

(١) لفظة: (به) ليست في (ز) و(ظ).

أنه تعليق عتق بصفةٍ. وإن حصل الغرض ببيع بعضه، ففي التدبير في الباقي قولان[1].

وإن مات السيد قبل البيع واختار الفداء، ففيه طريقان:

أظهرهما: أن حصول العتق على الخلاف في أن إعتاق العبد الجاني هل ينفذ؛ لأنه اجتمع العتق[2] والجناية؟ فإن قلنا: ينفذ، أخذ الفداء من تركة السيد؛ لأنه أعتقه[3] بالتدبير السابق. وعلى هذا، فالفداء بأقل الأمرين بلا خلاف؛ لأنه تعذر تسليمه للبيع. وإن قلنا: لا يعتق، فالوارث بالخيار بين أن يفديه فيعتق من الثلث، وبين أن يُسلمهُ للبيع.

وإن كان[4] في ثلث المال سعةٌ، فإذا بيع بطل التدبير.

واعلم أنّ الخلاف في أن إعتاق الجاني؛ هل ينفذ؟ قد سبق في أول البيع، وبينا أنّ الأصح: أنه إن كان موسراً ينفذ، وإن كان معسراً لا ينفذ، ويشبه أن يقال: الميت معسر على ما مرّ في سراية العتق.

والطريق الثاني ـ عن صاحب «التقريب» رحمه الله ـ: أنه إذا اتسع الثلث، ووفّى بقيمة الرقبة والفداء، وجب على الورثة تحصيل العتق، ولا يخرج على ذلك الخلاف.

ولو كانت جناية المدبر تستغرق ثلث الرقبة مثلاً، ومات السيد ففداه الوارث من ماله، ففي ولاء ذلك الثلث وجهان ـ حكاهما الصيدلاني ـ: عن ابن سريج رحمهما الله: أنه للوارث.

---

(١) قوله: (قولان) ليس في (ز).

(٢) في (ظ): (لأنه احتجّ جميع).

(٣) قوله: (أعتقه) ليس في (أ).

(٤) في (ز): (كانت).

وقال القفال رحمه الله: وفيه وجه آخر عندي: أن ولاء جميعه للمورث؛ بناء على أن إجازة الوارث[١] تنفيذ أو ابتداء عطية؟

وهذا الفداء من الوارث كالإجازة؛ لأنه متمِّمٌ[٢] قصد المورث.

وشبهاً بالوجهين في عبد مرهون جنى، ففداه المرتهن بشرط أن يكون العبد رهناً عنده بأصل الدين وبالفداء؛ لأنه لما أشرف على الزوال للبيع في الجناية جعل استبقاؤه كابتداء عقد منه.

ولو جنت المدبّرة ولها ولد صغير، وقلنا بسراية التدبير إليه، على ما سيأتي الخلاف فيه، فلو بعنا الولد معها أبطلنا التدبير فيه، ولو لم نبعه معها فرقنا بين الأم والولد.

ففيه وجهان:

أحدهما: نبيعه؛ حذاراً من التفريق[٣].

والثاني: يحتمل التفريق؛ للضرورة.

وهو كالخلاف فيما إذا رهن الجارية دون ولدها، واحتيج إلى بيع الجارية في الدين، هل يباع الولد معها؟

وقوله في الكتاب: (إذا جنى المدبر)، يجوز أن يعلم بالحاء؛ لأن عند أبي حنيفة رحمه الله: يُجبروا السيد على أن يفديه، كما في أم الولد.

وقوله: (فللورثة أن لا يفدوه على قول)، أي: من التركة، وهو إشارة إلى الطريقة الأولى.

وقوله: (وقيل: يجب الفداء)، أراد به طريق صاحب «التقريب».

---

(١) في (ظ): (الورثة).

(٢) في (أ): (متهم)، وهو خطأ.

(٣) في (ي): (الفرق).

قال رحمه الله:

(الحكمُ الثاني: السِّراية، وهل يسري التَّدبيرُ إلى ولد المدبرة من زنى أو نكاح؟ فيه قولان. وتعليقُ العِتقِ بالدُّخولِ هل يَسري إلى الولد؟ فيه أيضاً قولان[١]، فإن قلنا: يَسري، فقيل: معناه أن الولَد يَعتِقُ بدخولِ الأمِّ[٢]، وقيل: بل[٣] بدخولِ نفسِه، ثم إذا سرَى التَّدبير، صارَ كما لو دبَّرَهما، فلا يكونُ الرُّجوعُ عن أحدِهما رجوعاً عن الآخر، ويُقرَعُ بينَهما إذا ضاقَ الثُّلث، أما ولدُ المدبَّرِ فيَتبعُ الأمَّ دونَ الأب).

يجوز وطء المدبّرة والمعلّق عتقها بالصفة؛ لكمال الملك، ونفاذ التصرف فيهما، روي[٤] «أنّ ابن عمر[٥] رضي الله عنهما دبر جاريتين له، وكان يطأهما»[٦].

وأيضاً: فإن المستولدة يجوز وطؤُها مع أن حقّ العتق فيها آكد، فالمدبرة أولى، ويخالف المكاتبة؛ لأنها صارت أحق بنفسها، ألا ترى أنها إذا وطئت يكون المهر لها، وإذا جني عليها يكون أرش الجناية لها، بخلاف المدبرة والمعلق عتقها بالصفة والمستولدة، فإن المهر[٧] وأرش الجناية عليهن يكون للسيد.

---

(١) في (ز): (أيضاً فيه)، وفي (ظ): (قولان أيضاً).

(٢) في (أ): (بدخول الأمّ الدار).

(٣) قوله: (بل) ليس في (ز).

(٤) في (ز): (وروي).

(٥) في (ز): (أن عمر).

(٦) الحديث: أخرجه مالك في «الموطأ» (٢/ ٨١٤)، من كتاب المدبر، باب مس الرجل وليدته إذا دبرها.
قال الحافظ ابن حجر في «التلخيص» (٤/ ٢١٦): «حديث ابن عمر...، مالك في «الموطأ» عن نافع عنه بهذا، والشافعي عنه به».

(٧) قوله: (المهر) ليس في (ظ).

ولو أولدها السيد، صارت مستولدة: والأظهر: أن التدبير يبطل[١]. وفيه وجه آخر. وقد ذكرناهما من قبل، وبذلك الوجه الآخر أجاب إبراهيم المرورذي.

وتظهر فائدة الاختلاف فيما إذا قال: «كل مدبر لي حرٌّ»، هل تعتق هي؟

وأما إذا أتت المدبرة بولدٍ من نكاح أو زنى، فهل يسري التدبير إليه؟ فيه قولان:

أرجحهما ـ عند الإمام[٢] وصاحب «التهذيب»[٣] ـ: لا، وهو اختيار المزني[٤] رحمهم الله؛ لأنه عقد يقبل الرفع، فلا يسري إلى الولد، كالرهن.

وأظهرهما ـ على ما ذكر الشيخان أبو حامد والقفال وغيرهما، وبه قال أبو حنيفة[٥] ومالك[٦] وأحمد[٧] رحمهم الله ـ: نعم؛ لأنها تعتق بموت سيدها، فيتبعها ولدها كالمستولدة. ولأن ولد الحرة حر وولد الرقيقة رقيق. وإذا نذر هدياً أو أضحية يكون للولد حكم الأم، فكذلك هاهنا[٨].

ثم قيل: القولان مبنيان على أن التدبير وصية، أو تعليق عتق بصفة؟ إن قلنا:

---

(١) لمزيد من الإيضاح في جواز وطء المدبرة، انظر: «مختصر المزني» ص٣٢٣، و«الحاوي» (٢٢/ ١٤٦)، و«المهذّب» (٢/ ١٢)، و«الوسيط» (٧/ ٤٩٩)، و«التهذيب» (٨/ ٤١٤)، و«الروضة» (١٢/ ٢٠٣)، و«نهاية المحتاج» (٨/ ٣٧٧).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٣٢٨).

(٣) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٤١٥). وانظر: (٨/ ٤١٤).

(٤) انظر: «المختصر» ص٣٢٣ حيث قال: «هذا أصح القولين عندي، وأشبههما بقول الشافعي ...».

(٥) انظر: «الهداية» (٢/ ٦٧).

(٦) انظر: «مختصر خليل» ص٢٩٥.

(٧) انظر: «المغني» (١٤/ ٤٢٥).

(٨) الذي عليه المذهب: هو القول الأول، وهو أنّ الولد لا يتبعها. قال النووي في «الروضة» (١٢/ ٢٠٣): «بل الأظهر عند الأكثرين أنه لا يتبعها». انظر: «مغني المحتاج» (٤/ ٥١٣).

وصية، لم يتبعها الولد. وإن قلنا: تعليق، تبعها[١]، وهذه طريقة المزني.

والصحيح ـ وبه قال ابن سريج وأبو إسحاق رحمهما الله ـ: أنهما غير مبنيين على أنه وصية أو تعليق، بل القولان جاريان على القولين جميعاً؛ لأنه نص على قولين في أن ولد المعلق عتقها، هل يتبعها؟[٢] على ما سنذكره.

ويقال: إنه مع التفريع على أن التدبير وصية، ذكر في ولد المدبرة قولين.

وفي «الشامل»: أن بعضهم قال: القولان في الولد مخصوصان بما إذا قلنا: إن التدبير تعليق، أما إذا جعلناه وصية فلا يتبعها الولد بلا خلاف، كما لو[٣] أوصى بجارية لإنسان فأتت بولد. فهذه طريقة ثالثة.

وعن الشيخ أبي محمد: أنه يحتمل أن يجري القولان في ولد الموصى بها لإنسان[٤].

قال الإمام[٥]: والأظهر القطع بالمنع، والشافعي رضي الله عنه إنما ردد القول في ولد المدبرة على مذهب التشبيه بالمستولدة.

وهذا التشبيه يختص بعقد العتاقة، والمعلق عتقها بالصفة إذا أتت بولد، هل يتبعها؟ فيه قولان أيضاً.

ورتب الصيدلاني رحمه الله، الخلاف هاهنا على الخلاف في ولد المدبرة، والمنع هاهنا أولى، وجعله القفال وغيره الأظهر، وقالوا: ولد المدبرة إنما يتبعها لمشابهتها المستولدة في العتق بموت السيد.

---

(١) في (ظ): (تبعها ولدها).

(٢) انظر: «المختصر» ص٣٢٣، و«الحاوي» (٢٢/ ١٤٨ - ١٤٩).

(٣) قوله: (لو) ليس في (ظ).

(٤) قوله: (لإنسان) ليس في (ز).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٣٢٩).

والأظهر: أنه لا فرق في مجيء القولين بين أن يكون التعليق[١] بما يحصل لا محالة كطلوع الشمس، أو بغيره كقدوم زيد، ودخول الدار.

وقيل بتخصيص[٢] القولين بالتعليق[٣] بما يوجد لا محالة؛ لأنه يشبه التدبير، وفي غيره لا يتبعها بلا خلاف.

التفريع:

إن جعلنا ولد المدبرة مدبراً، فلو ماتت الأم في حياة السيد لم يبطل التدبير في الولد، كما لو دبر عبدين فمات أحدهما قبل موت السيد، وكما إذا ماتت المستولدة، لا يبطل حق العتق في الولد.

ولو رجع السيد عن تدبير أحدهما، لم يبطل التدبير في الثاني.

ولو كان الثلث لا يفي إلا بأحدهما:

فعن ابن الحداد رحمه الله: أنه يقرع بينهما، كما لو دبر عبدين وضاق الثلث عنهما، وهذا هو الأظهر، والمذكور في الكتاب[٤].

وفيه وجه: أنه يقسم العتق عليهما؛ لأنا لو أقرعنا فربما تخرج القرعة للولد وتُرق[٥] الأم وهي الأصل في التدبير، فيبعد أن ترق، ويعتق الولد.

وإذا قلنا: إن المعلق عتقها بالصفة[٦] يتبعها ولدها، فالمعني به: أن الصفة إذا

---

(١) في (أ): (للتعليق).

(٢) في (أ): (بتخصص).

(٣) من قوله: (المستولدة في العتق) إلى هنا ليس في (ظ).

(٤) انظر: «الوجيز» (٢/ ٢٨٣)، وانظر: «الروضة» (١٢/ ٢٠٤).

(٥) في (ز) و(ظ): (فترق).

(٦) قوله: (بالصفة) ليس في (ز).

وجدت في الأم، وعتقت هي بعتق الولد أيضاً ولا تعتبر الصفة فيه، فإذا علق عتقها بدخول الدار، فدخلت عتقت، وعتق الولد على هذا القول.

ولو[١] دخل الولد بنفسه لم تعتق. هذا هو المشهور[٢].

وقال الشيخ أبو محمد رحمه الله: قضية[٣] سراية التعليق: أن يتعلق عتقه بدخوله في نفسه، وإلا فهو سراية عتق لا سراية تعليق، فعلى هذا لا يعتق بدخولها، ويعتق بدخوله.

ولو بطل التعليق فيها بأن ماتت، بطل في حق الولد أيضاً.

قال في «التهذيب»[٤]: لأنه يتبعها في حق العتق لا في الصفة، بخلاف التدبير فإنه يتبعها في التدبير[٥] فيبقى فيه[٦]، وإن بطل فيها.

وقال ابن الصباغ: الفرق[٧] بينه وبين التدبير، أن الشرط دخول الأم الدار، وإذا ماتت فات ذلك، والشرط في المدبر موت السيد ولم يفت ذلك في حق الولد إلا أن يكون قد علقه بفعل نفسه، أو غيرها، فيكون كالمدبرة، وبطلان التعليق بموت السيد كبطلانه بموتها.

---

(١) في (أ): (لو) دون واو.

(٢) «وهو الصحيح المعروف في المذهب». ذكره النووي في «روضته» (١٢/ ٢٠٤)، وانظر: «مغني المحتاج» (٤/ ٥١٤).

(٣) لفظة: (قضية) ليست في (ي).

(٤) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٤١٦).

(٥) قوله: (فإنه يتبعها في التدبير) ليس في (ظ).

(٦) قوله: (فيبقى فيه) ليس في (ز).

(٧) في (ز): (والفرق).

وقضية ما ذكره الشيخ أبو محمد: أن لا يبطل التعليق فيه ببطلانه[١] فيها.

ولو قال لأمته: «أنت حرة بعد موتي بعشر سنين» مثلاً، فإنما تعتق بعد مضي تلك المدة من يوم الموت.

فإن أتت بولد قبل موت السيد، فهل يتبع الأم في حكم الصفة؟ فيه القولان.

وإن أتت به بعد موت السيد وقبل مضي المدة، فقد نص الشافعي رضي الله عنه: أنه يتبعها في حكمها. وفيه طريقان للأصحاب:

أحدهما: أنه على القولين كما قبل الموت، وإنما أجاب على أحد القولين[٢].

والثاني: القطع بأنه يتبعها؛ لأن سبب العتق قد تأكد هاهنا؛ إذ ليس للوارث التصرف فيه وإبطال العتق، فصارت كالمستولدة، وقبل الموت كان السيد بسبيل من البيع والإبطال. وذكر على هذا، أن الولد يعتق من رأس المال كما في المستولدة.

وأما ولد المدبرة فلا يؤثر فيه تدبير أبيه، بل يتبع الأم في الرق والحرية.

قال:

(وإذا ماتَ السَّيِّدُ والمُدبَّرةُ حاملٌ عَتَقَ معَها حَملُها، وإن كانَت حاملاً عندَ التَّدبيرِ ففي السِّرايةِ إلى الجنينِ وجهان. ولو تنازَعا فقالَت: ولدت بعدَ التَّدبيرِ فيَتبعُني، وأنكرَ السَّيِّد، فالقولُ قولُه. ولو تنازعَ الوارثُ والمدبَّرُ في مالٍ في يدِه، فادّعى أنه اكتسبَ[٣] بعدَ موتِ السَّيِّد، فالقولُ قولُه؛ لأجلِ

---

(١) في (أ): (ببطلانها)، وهو خطأ.

(٢) في (أ): (على أحد الوجهين).

(٣) في (أ) و(ي): (اكتسب بعمل)، وفي (ظ): (اكتسب بعد الموت).

اليد[١]. ولو قالت: ولدَتِ الولَد بعدَ موتِ السّيِّد[٢]، فهو حُرّ، فالقَولُ قولُ الوارث؛ إذ لا يدَ على الولد).

في هذه البقية مسألتان:

إحداهما: ما ذكرنا في ولد المدبرة، مفروض فيما إذا حدث الولد بعد التدبير وانفصل قبل موت السيد.

فأما إذا كانت المدبرة حاملاً عند موت السيد، عتق معها الحمل بلا خلاف، كما لو أعتق جارية حاملاً. فإن لم يحتملها الثلث حاملاً، عتق منها قدر الثلث.

وكذا المعلق عتقها بالصفة. ولو كانت حاملاً عند وجود الصفة، عتق الحمل معها. ولو كانت الجارية حاملاً عند التدبير، ففيه طريقان[٣]:

أحدهما: أنه يبنى حكمه على أن الحمل هل يعرف؟ وفيه قولان:

إن قلنا: يعرف ـ وهو الأصح ـ، فيكون الولد مدبراً أيضاً.

وإن قلنا: لا يعرف، ففيه القولان المذكوران في الولد الحادث، وأصحهما[٤]: القطع بكونه[٥] مدبراً، سواء قلنا إنَّ الحمل يعرف أو لا يعرف، كما يدخل في البيع بلا خلاف.

---

(١) في (أ): (السيد).

(٢) من قوله: (فالقول قوله لأجل اليد) إلى هنا ليس في (ي).

(٣) قوله: (طريقان) ليس في (ج).

(٤) انظر: المسألة في «الحاوي» (٢٢/ ١٤٨-١٤٩)، و«التهذيب» (٨/ ٤١٥)، و«الروضة» (١٢/ ٢٠٥)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٥١٣-٥١٤).

(٥) في (ظ): (بأنه).

وقد ذكر أنه ليس ذلك على سبيل السراية، ولكن اللفظ يتناوله.

وإنما يعرف كونه موجوداً يوم التدبير، إذا أتت به لما دون ستة أشهر.

فإن أتت به لأكثر من أربع سنين من وقت التدبير، فهو حادث لا محالة[١].

وإن أتت به لما دون المدتين، فينظر ألها زوج يفترشها أم لا؟ وقد سبق مثله في مواضع.

وإن كان لها زوج قد فارقها قبل التدبير، وأتت بولد لما دون أربع سنين من وقت الفراق، ففيه قولان، قال في «التهذيب»[٢]: أصحهما: أنه يجعل موجوداً يوم التدبير، كما يجعل موجوداً في ثبوت النسب من الزوج.

وإذا ثبت التدبير في الحمل، ثم انفصل، فرجوع السيد عن التدبير في[٣] أحدهما، لا يرفع[٤] التدبير في حق[٥] الآخر، كما ذكرنا في حق الولد المنفصل.

وإن رجع قبل الانفصال عن تدبير الحمل، وجوزنا الرجوع عن التدبير، ارتفع التدبير فيه وبقي في الأم.

وفي وجه: لا يجوز الرجوع عنه ما دام حملاً مع بقاء التدبير في الأم.

وإن رجع في تدبير الأم، نظر: إن قال: «رجعت عن تدبيرها دون تدبير الولد»، فلا يخفى الحكم. وإن أطلق فوجهان:

---

(١) من قوله: (فإن أتت) إلى هنا ليس في (ظ).

(٢) انظر: «التهذيب» للبغوي (٨/ ٤١٥).

(٣) في (ز): (في التدبير عن).

(٤) في (ي): (لا يرتفع).

(٥) لفظة: (حق) ليست في (ج).

أحدهما: أنه يتبعها في الرجوع، كما يتبعها في التدبير.

وأصحهما: المنع، كالرجوع بعد الانفصال، ويخالف التدبير؛ لأن فيه معنى العتق، وللعتق قوة وغلبة[١] لا تُنكر.

وإذا رجع في تدبيرها دون الولد، ثم أتت بولد لما دون ستة أشهر من وقت الرجوع، فهو مدبر.

وإن أتت به لأكثر من ذلك ولها زوج يفترشها، لم يكن مدبراً؛ لأنه لا يعلم حصوله قبل الرجوع عن تدبيرها.

ولو دبر الحمل في البطن وحده جاز كما لو أعتقه، ولا يتعدى إلى الأم.

وإذا مات السيد، عتق الحمل دون الأم.

فإن باع الأم:

فقد قيل: إن قصد به الرجوع، حصل الرجوع، وصح البيع في الأم والولد.

وإن لم يقصد، لم يصح البيع في الولد ويصير كأنه استثناه؛ وإذا لم يصح في الولد لم يصح في الأم على الظاهر، كما لو باع جارية حاملاً بحر.

والأصح: صحة[٢] البيع فيهما، وحصول الرجوع قصد أو لم يقصد، كما لو باع مدبرة ونسي التدبير، يصح البيع ويحصل الرجوع.

وقوله في الكتاب: (ففي السراية إلى الجنين وجهان)، مقصوده ما قد يتبين، لكن قد يناقش في لفظ (السراية)؛ لما قد قيل: إن ذلك على سبيل تناول اللفظ له على وجه السراية والتعدي من الشخص إلى الشخص.

---

(١) في (أ): (وعليه).

(٢) قوله: (صحة) ليس في (ظ).

فرع:

إذا دبر أمته وقلنا: إن ولد المدبرة مدبرٌ، وجوزنا الرجوع عن التدبير بالقول، فقال: «إذا ولدت» أو «كلما ولدت ولداً[١] فقد رجعت عن[٢] تدبيره»، لم يصح الرجوع، وكان[٣] إذا ولد مدبراً[٤] حتى يرجع بعد الولادة؛ لأن الرجوع في التدبير، إنما يصح بعد ثبوت حكم التدبير للولد، وليس له حكم التدبير قبل الولادة، فأشبه ما إذا قال: «إذا دبرتك فقد رجعت عن تدبيرك»، لا يصح الرجوع.

المسألة الثانية: إذا قلنا ولد المدبرة مدبر، فتنازع[٥] السيد والمدبرة في الولد، فقال السيد: «ولدته[٦] قبل التدبير، فهو قنٌّ»، وقالت: «بل بعده»، فيصدق السيد بيمينه؛ لأن الأصل بقاء ملكه في ولد أمته وعدم التدبير.

ولو جرى هذا الاختلاف مع الوارث بعدما مات السيد، فقال الوارث: «ولدته قبل التدبير»، وقالت: «بل بعده، وعتق بموت السيد»، فالمصدق الوارث.

قال في «التهذيب»[٧]: وتُسمع دعواها لولدها حسبة، حتى[٨] لو كانت قنة وادعت على السيد «أنك دبرت ولدي»، تُسمع.

---

(١) في (ي): (ولدت وله أمته).

(٢) في (ي): (في).

(٣) في (ظ): (فكان).

(٤) في جميع النسخ: (وكان إذا ولد مدبراً)، ويتبادر إلى فهمي أنه غير مستقيم. وبالرجوع «للروضة» (١٢/ ٢٠٦)، وجدنا الآتي: «فإذا ولدت، كان مدبراً ...».

(٥) قوله: (فتنازع) ليس في (ز).

(٦) في (أ): (ولدتيه).

(٧) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٤١٧).

(٨) قوله: (حتى) ليس في (أ).

ولو قالت المدبرة: «ولدته بعد موت السيد فهو حر»، وقال الوارث: «قبل التدبير»، فالمصدق الوارث أيضاً. والتنازع على هذا التصوير يجري، وإن لم نقل بأن ولد المدبرة يتبع الأم في التدبير.

وعن أبي الحسين بن القطان: تخريج وجه في الصورة الأخيرة: أنه يصدق المدبرة؛ لأنها[١] لم تسلم للورثة يداً ولا ملكاً. والظاهر: الأول، وهو المذكور في الكتاب.

ولو كان في يد المدبر مال فقال: «اكتسبته بعد موت السيد»، وقال الوارث: «بل قبله، فهو لي»، صُدِّق[٢] المدبر بيمينه؛ لأنه صاحب يد في المال، فترجح[٣] جانبه باليد، بخلاف ما إذا كان التنازع في الولد، فإنها تزعم حُريته، والحر لا يدخل تحت اليد.

ولو أقام كل واحد منهما بينة على ما يقوله، ترجح بينة المدبر؛ لاعتضادها باليد.

ولو أقام الوارث بينةً على «أن هذا المال كان في يد المدبر، في حياة السيد»، فقال المدبر: «كان في يدي، لكنه كان لفلان فملكته بعد موت السيد»، فيصدق المدبر أيضاً.

نصّ عليه؛ وعلل بأن البينة لم تتعرض إلا لليد. وبأن[٤] البينة تشهد بيد متقدمة، ويد المدبر ثابتة في الحال.

وإذا[٥] تنازع السيد والمستولدة في ولدها: أولدته قبل الاستيلاد أو بعده، أو الوارث والمستولدة: أولدته قبل موت السيد أو بعده، فهو على ما ذكرنا في تنازع السيد والمدبرة.

---

(١) في (ز): (لأنه).

(٢) في (ظ): (يصدق).

(٣) في (ي): (فرجح).

(٤) في (ظ): (ولأن).

(٥) في (أ): (وإنما).

وإذا قلنا بسراية الكتابة إلى الولد، فقالت المكاتبة: «ولدته بعد الكتابة»، وقال[١] السيد: «بل قبلها»، فالمصدق السيد أيضاً. كذلك[٢] حكاه الصيدلاني وغيره.

وذكر القاضي ابن كج وجهاً آخر ورجحه: أنه يصدق المكاتبة[٣]، وفرق بأن المكاتبة يثبت لها اليد على نفسها وولدها، والمدبرة لا يد لها على نفسها ولا ولدها.

ولو اختلف السيد والمكاتب في المال، فالمصدق المكاتب كما ذكرنا في المدبر.

فروع:

دبر عبده ثم ملّكهُ أمـة فوطئها وأولدها، بني ذلك على أن العبد هـل يملك بالتمليك؟ إن قلنا: لا يملك، فالولد للسيد، ويثبت نسبه من العبد، ولا حد عليه؛ للشبهة، ويحكى هذا عن نصه في «الأم»[٤]. وإن قلنا: يملك بالتمليك، فالجارية للمدبر، والولد لا نحكم له بالـحرية؛ فإنه[٥] حصل من رقيقين. وبأيهما يلحق؟ فيه وجهان لابن سريج:

أحدهما: أنه يتبع الأم، ويكون رقيقاً للسيد.

والثاني: يتبع الأب فيكون مدبراً، كما أن الحر إذا أولد أمته يكون الولد ملحقاً به في الحرية.

جارية بين شريكين دبراها، ثم أتت بولد فادعاه أحدهما، فهو ابنه، ويضمن

---

(١) في (أ): (فقال).

(٢) قوله: (كذلك) ليس في (ظ).

(٣) في (ظ): (المكاتب).

(٤) «الأم» للشافعي (٨/ ٢٧).

(٥) في (أ): (لأنه).

نصف قيمتها، ونصف قيمته، ونصف عقرها لشريكه، ونسبه[1] أخذ[2] قيمتها يكون رجوعاً في[3] التدبير.

وعن القاضي أبي الطيب أنه قال: عندي[4] لا يقوم نصيب الشريك عليه إلا برضاه؛ لأنه قد ثبت له حق الولاء فيه.

قول المدبر في حياته أو بعد موته[5]: «رددت التدبير»، لغوٌ لا يقدح في التدبير. والله أعلم بالصواب.

* * *

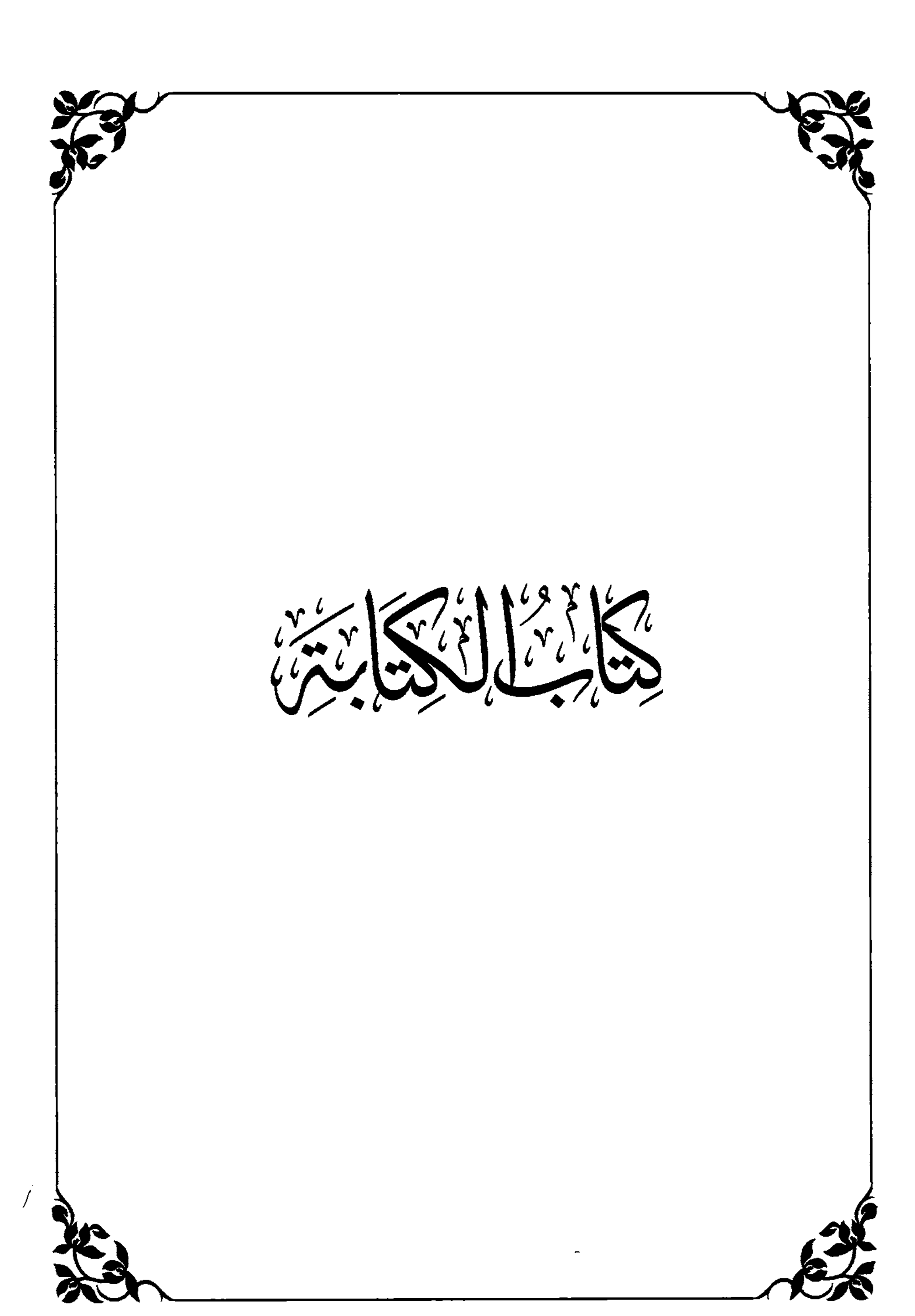
(١) في (أ): (منه).

(٢) في (ز): (وإن أخذا)، [وفي «روضة الطالبين» (١٢/ ٢٠٧-٢٠٨)، والمطبوع من كتاب «العزيز» (١٣/ ٤٤٠): «لشريكه، وأخذ». (م ع)].

(٣) في (أ): (عن).

(٤) في (أ): (عندي أنه).

(٥) كذا في (ز)، وكذا في المطبوع من كتاب «العزيز» (١٣/ ٤٤٠)، وفي «روضة الطالبين» (١٢/ ٢٠٨): «فرع: قول المدبر في حياة السيد وبعد موته». (م ع).



كِتَابُ الكِتَابَةِ

قال رحمه الله:

(كتاب[١] الكتابة

وهي عقدٌ ليسَ بواجب، ولكن يُستحَبُّ إن التَمسَ العبدُ وكانَ أميناً، قادراً على الكسب، فإن لم يكُن أميناً لم تُستحَبّ، وإن لم يَقدِر على الكسبِ ففي الاستحبابِ وجهان).

ذكر الأئمة رحمهم الله: أن الكتابة مأخوذة من الكتب وهو الضمْ والجمع[٢]، يقال كتبت البغلة إذا ضممت بين شفريها بحلقة أو سيرٍ، وكتبت القربة إذا أوكأت رأسها[٣]، ومنه الكتابة؛ لما فيها من ضم بعض الحروف إلى بعض، والكتيبة لانضمام بعضهم إلى بعض.

فسمي هذا العقد كتابة؛ لما ينضم فيه النجم إلى النجم[٤]. وقيل: سميت كتابة؛

---

(١) قوله: (كتاب) ليس في الأصل، وتم إضافته من المطبوع من كتاب «العزيز» (١٣/ ٤٤١). (م ع).

(٢) في (ز): (الجمع والضم).

(٣) انظر: «معجم مقاييس اللغة» (٥/ ١٥٨)، و«القاموس المحيط» (١/ ١٢١)، و«المصباح المنير» (٢/ ٥٢٥). وانظر: «مغني المحتاج» (٤/ ٥١٦) حيث قال: «وشرعاً: عقد عتق بلفظها بعوض منجم بنجمين فأكثر»، وانظر: «نهاية المحتاج» (٨/ ٣٧٩).

(٤) قال في «المصباح المنير» (٢/ ٥٩٤): «النجم: الكوكب، والجمع: أنجم ونجوم، مثل فلس وأفلس وفلوس، وكانت العرب تؤقت بطلوع النجوم، لأنهم ما كانوا يعرفون الحساب، وإنما يحفظون أوقات السنة بالأنواء، وكانوا يسمون الوقت الذي يحلُّ فيه الأداء: نجماً تجوّزاً، لأنّ الأداء لا يعرف إلا بالنجم، ثم توسّعوا حتى سمّوا الوظيفة نجماً، لوقوعها في الأصل في الوقت الذي يطلع فيه النجم، واشتقوا منه فقالوا: «نجّمت الدّين» ـ بالتثقيل ـ إذا جعلته نجوماً...».

لأنها توثق بالكتابة من حيث إنها منجمة مؤجلة[١]، وما يدخله الأجل يستوثق بالكتابة، ولذلك قال تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

قالوا: وعقد النكاح خارج عن قياس المعاملات من جهة أنها دائرة بين السيد وعبده، وأن العوضين للسيد، وأن المكاتب على رتبة متوسطة بين الرق والحرية، فليس له استقلال الأحرار، ولا عجز المماليك.

ولذلك تكون تصرفاته مترددةً بين الاستقلال ونقيضه[٢]، لكن الحاجة داعية إليها، فإن السيد قد لا تسمح نفسه بالعتق مجاناً، والعبد لا يتشمر للكسب تشمره إذا علق عتقه بالتحصيل والأداء، فاحتمل الشرع فيه ما لم يحتمل في غيره، كما احتمل الجهالة في ربح القراض، وعمل الجعالة للحاجة.

والأصل فيه الإجماع، وقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَبْتَغُونَ ٱلْكِتَٰبَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣].

وما روي أنه ﷺ قال: «من أعان غارماً أو غازياً أو مكاتباً في كتابة، أظله الله يوم لا ظل إلا ظله»[٣]. وأنه قال: «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم»[٤].

---

(١) في (ظ): (مؤجّلة منجّمة).

(٢) في (أ): (نقصه)، وفي (ز): (وغريمه نقيضه).

(٣) الحديث قال عنه الحافظ ابن حجر في «التلخيص» (٤/ ٢١٦): «رواه الحاكم من حديث سهل بن حنيف به بلفظ: «من أعان مجاهداً في سبيل الله، أو غارِماً في عسرته، أو مكاتباً في رقبته، أظلّه الله يوم لا ظلّ إلا ظلّه»، والبيهقي عنه به». انظر: الحاكم في «مستدركه» (٢/ ٢٣٦)، وقال: «هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه»، وأخرجه البيهقي (١٠/ ٥٣٩)، من كتاب المكاتب، باب فضل من أعان مكاتباً في رقبته.

(٤) الحديث: قال عنه الحافظ ابن حجر في «التلخيص» (٤/ ٢١٦): «...، وقد رواه مالك في «الموطأ» عن نافع عن ابن عمر موقوفاً، ورواه ابن قانع من طريقٍ أخرى عن نافع عن ابن عمر مرفوعاً، وأعلّه». انظر: «موطأ مالك» (٢/ ٧٨٧) من كتاب المكاتب، باب القضاء في المكاتب. والحديث قد ورد مرفوعاً =

ولا يجب على السيد أن يكاتب عبده بحال، كما لا يجب أن يدبر عبده، وأن يشتري قريبه. وعن رواية صاحب «التقريب» رحمه الله قول: أن الكتابة واجبةٌ إذا طلبها العبد؛ لقوله: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣].

والمذهب الأول[١]؛ وإلا[٢] لبطل أثر الملك، واحتكم المماليك على المالكين.

نعم، تستحب الإجابة إذا التمسها العبد، إذا كان أميناً قادراً على الكسب، وبها فسر الشافعي[٣] رضي الله عنه الخبر في قوله تعالى: ﴿إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾.

واعتبرت القدرة على الكسب؛ ليتمكن من تحصيل ما يؤديه، والأمانة؛ لئلا يضيع ما يحصله[٤] ويصرفه إلى السيد فيعتق.

فإن فقد الشرطان معاً، لم تستحب الكتابة؛ لأنه لا يقوى رجاء العتق بها، وقد يجزم[٥] بالاستقلال حالًا ويعجز نفسه آخراً. ولكنها لا تكره؛ فعساها تفضي إلى العتق.

وقال أحمد[٦]: تكره، وبه قال أبو الحسين ابن القطان رحمهما الله.

وإن فقدت الأمانة، وقدر على الكسب، لم تستحب أيضاً؛ لأنه لا يوثق به.

= عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده عن النبي ﷺ، رواه أبو داود (٤/ ٢٠)، كتاب العتق، باب في المكاتب. وابن ماجه (٢/ ٨٤٢) من كتاب العتق، باب المكاتب.

(١) «المختصر» ص٣٢٣، و«الحاوي» (٢٢/ ١٦٢)، و«الوسيط» (٧/ ٥٠٧)، و«التهذيب» (٨/ ٤١٩)، و«الروضة» (١٢/ ٢٠٩)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٥١٦)، و«نهاية المحتاج» (٨/ ٣٧٩).

(٢) في (أ): (إلا).

(٣) انظر: «الأم» (٨/ ٣١)، وانظر: «سنن البيهقي» (١٠/ ٥٣٥).

(٤) من قوله: (ما يؤديه) إلى هنا ليس في (ي) و(ظ).

(٥) في (ز): (يجز)، [وفي المطبوع من كتاب «العزيز» (١٣/ ٤٤٢): «يجزم». (م ع)].

(٦) انظر: «المقنع» ص٢٠١، و«المغني» (١٤/ ٤٤٣).

وفي «الكافي» للروياني رحمه الله وجه: أنها تستحب، ولكن الاستحباب هاهنا دون الاستحباب فيما إذا اجتمع الوصفان، وحكاه القاضي ابن كج رحمه الله أيضاً.

فيجوز أن يعلم لذلك قوله في الكتاب: (لم تستحب)، بالواو.

وإن لم يقدر على الكسب ولكن كان أميناً، ففي الاستحباب وجهان ـ مذكوران في الكتاب ـ:

أحدهما[1]: تستحب؛ لأنه إذا عرفت أمانته، أعين بالصدقات؛ ليعتق[2].

وأظهرهما: المنع؛ لتعذُّر[3] رجاء العتق بها لا يتوظف ولا يوثق به.

وإذا طلب السيد الكتابة لم يجبر العبد عليها[4].

وروى القاضي ابن كج، أن عند مالك رحمهما الله: يجبر[5].

* * *

---

(١) انظر: «الوجيز» (٢/ ٢٨٤).

(٢) في (أ): (فيعتق).

(٣) في (ز): (لبعد)، وفي غيرها: (لتعزر)، والتصحيح من المطبوع من كتاب «العزيز» (١٣/ ٤٤٣). (م ع).

(٤) في (ي) و(ز): (عليه).

(٥) انظر: «مختصر خليل» ص٢٩٦، و«التاج والإكليل» (٦/ ٣٤٤).

قال:

(ولها أركان وأحكام:

النَّظرُ الأول: في أركانِها، وهي أربعة:

الأول: الصِّيغة، وهي أن يقول: كاتبتُكَ على ألفٍ في نَجمَينِ فصاعداً، إن أديتَه فأنتَ حر، فإن لم يُصرِّح بالتَّعليقِ ونوى كفى، ولا يكفي مُجرَّدُ لفظِ الكتابةِ دونَ صريحِ التَّعليقِ أو نيَّتِه، ولو قال: أنتَ حرٌّ على ألفٍ فقَبِلَ[1] عَتقَ في الحال، والألفُ في ذمَّتِه. ولو قال: إن أعطيتَني ألفاً فأنتَ حرّ، فأعطى من مالِ غيرِه؛ إذْ لا مالَ له، هل يَعتِق؟ فيه وجهان. فإن قلنا: يَعتِق، فهل يَرجعُ إلى قيمةِ الرَّقبة؛ لأن الألفَ تُرَدُّ على صاحبِها[2] ويتبعُه[3] الكسبُ كما في الكتابةِ الفاسدة، أو هو تَعليقٌ محض؟ فيه وجهان. ولو باعَ العبدُ من نفسِه صحّ، وله الولاء، وقيل: لا ولاءَ له؛ لأنه عَتقَ على نفسِه).

عد أركان الكتابة أربعة:

أحدها: الصيغة، وهي أن يقول لعبده: «كاتبتك على ألف تؤديه إليَّ في نجمين أو أكثر، فإذا أديت فأنت حر»، فيقول العبد: «قبلت». ولو لم يصرح بتعليق الحرية بالأداء، ولكن نواه بقوله: «كاتبتك على كذا»، صحت الكتابة أيضاً. وإن لم يصرح

---

(١) في (ظ): (وقيل).

(٢) قوله: (لأن الألف تردُّ على صاحبها) ليس في (أ).

(٣) قوله: (يتبعه) ليس في (ي) و(ظ).

بالتعليق ولا نواه، لم تصح الكتابة، ولم يحصل العتق.

ومن الأصحاب رحمهم الله: من خرَّج من التدبير قولاً: أن لفظ «الكتابة» صريح مغنٍ عن التصريح بالتعليق وعن نيته. وقد ذكرناه في التدبير.

وليعلم قوله في الكتاب: (ولا يكفي مجرد لفظ الكتابة دون صريح التعليق ونيته)، مع الواو بالحاء والألف؛ لأنه صريح عندهما.

ووراء هذا شيئان:

أحدهما: عن أبي إسحاق رحمه الله: أنه إن كان الرجل فقيهاً صحت كتابته بمجرد اللفظ، وإلا فلا بد من التعليق أو نيته.

وفي «تعليقة الشيخ أبي حامد» رحمه الله، بناء هذا التفصيل على الفرق بين التدبير والكتابة، بأن التدبير مشهور عند الخواص والعوام، والكتابة لا يعرفها إلا الخواص، وقد سبق هذا في التدبير[1].

وذكر أن أبا إسحاق رحمه الله قال على هذا: لو كان الرجل حديث عهد بالإسلام أو جاهلاً بالأحكام لا يعرف التدبير، لا ينعقد تدبيره بمجرد لفظ التدبير، حتى تنضم إليه نية أو زيادة لفظ.

والثاني: حكى الصيدلاني عن بعض الأصحاب: إذا ذكر ما تتميز به الكتابة عن المخارجة كفى، مثل أن يقول: «تعاملني»، أو «أضمن لك أرش الجناية»، أو «تستحق مني الإيتاء» أو «من الناس سهم الرقاب» كفى ذلك، ولا حاجة إلى تعليق الحرية بالأداء.

---

(١) انظر: «الوجيز» (٢/ ٢٨١)، و«الروضة» (١٢/ ١٨٦).

ويؤيده ما ذكره الإمام[١]، أن قوله هاهنا: «إذا أديت فأنت حر»، ليس المقصود منه التعليق على الحقيقة، وإنما هو نطق بمضمون العقد على الغالب، والغرض إزالة التردد في لفظ الكتابة، ولذلك قد يحصل العتق بغير الأداء، ويكتفى بالنية من غير لفظ التعليق، ولو كان التعليق مقصوداً؛ لبعد حصوله بالنية.

ولا يكفي قوله: «كاتبتك بحال»، كما إذا قال: «بعتك كذا» ولم يذكر العوض.

ثم في الفصل مسألتان:

إحداهما: إذا قال: «أنت حر على ألف»، فقبل العبد، عتق في الحال، وثبت الألف في ذمته. وهو كما لو قال لزوجته: «أنت طالق على ألف»، فقبلته.

ولو قال: «إن أعطيتني ألفاً» أو «إن أديتَ إليَّ ألفاً، فأنت حر»، فلا يمكنه أن يعطي من مال نفسه فإنه لا يملك شيئاً، فهو كما لو قال لزوجته: «إن أعطيتني ألفاً، فأنت طالق»، فأتت بألف مغصوبٍ، وقد ذكرنا في الخلع[٢] وجهين في وقوع الطلاق، والأظهر[٣]: أنه لا يقع.

ففي حصول[٤] العتق هاهنا إذا أعطى من مال غيره، مثل ذلك الخلاف.

فإن فرّعْنا على أنه يعتق، فعن الشيخ أبي علي رواية وجهين في «شرح التلخيص» في أن سبيل هذه المعاملة، سبيل الكتابة الفاسدة، أو هي تعليق محض؟

أحدهما: أنها كالكتابة الفاسدة؛ حتى يرد السيد ما أخذ ويرجع على العبد بقيمة رقبته، وحتى يتبعه الأكساب والأولاد الحاصلة بعد التعليق.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٣٤٥-٣٤٦).

(٢) انظر: «الوجيز» (٢/ ٤٥)، و«الروضة» (٧/ ٤٠٥).

(٣) انظر: «الروضة» (١٢/ ٢١٠)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٥١٧).

(٤) في (ظ): (في حصول).

والثاني: أنه ليس لها حكم الكتابة الفاسدة، وعلى هذا فوجهان:

أحدهما: أنه يرجع على العبد بقيمة رقبته، كما إذا قال لزوجته: «إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق»، فأعطته ألفاً مغصوباً وقلنا بوقوع الطلاق، فإنه يرجع عليها[(١)] بمهر المثل[(٢)].

والثاني: أنه لا رجوع له، والذي جرى محض تعليق، ويخالف الزوجة فإنها أهل التزام[(٣)] وقت المخاطبة، والعبد ليس أهلًا له.

قال في «الوسيط»[(٤)]: والظاهر أنه لا رجوع للسيد بالقيمة، وأنه لا يتبعه الكسب والولد.

الثانية: إذا قال لعبده: «بعت منك نفسك بكذا»، وقال العبد: «اشتريت»، أو قال العبد: «بعني نفسي بكذا»، فقال: «بعت»، صح البيع، وثبت المال في ذمته، وعتق في الحال، كما لو أعتقه على مال، هذا ظاهر المذهب[(٥)].

وعن نقل الربيع رحمه الله أو تخريجه، قول: أنه لا يصح البيع؛ لأن السيد لا يتابع عبده، ألا ترى أنه لا يبيع منه مالاً آخر. وأيضاً: فإن البيع[(٦)] لإثبات الملك، وهو لا يملك نفسه.

واختلفوا فيه: فمن الأصحاب من أثبت هذا قولاً آخر، منهم أبو حامد القاضي، والشيخ. ومنهم من جعله من كيس الربيع، وقطع بالأول، ويحكى ذلك عن أبي إسحاق وابن أبي هريرة رحمهم الله.

---

(١) في (أ): (عليهما).

(٢) قوله: (بمهر المثل) ليس في (ي) و(ظ) و(ز).

(٣) في (ز): (الالتزام).

(٤) انظر: «الوسيط» للغزالي (٧/ ٥٠٧).

(٥) انظر: المصدر السابق، و«التهذيب» (٨/ ٤٢٠)، و«الروضة» (١٢/ ٢١١)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٥١٦).

(٦) في (أ): (عقد البيع).

وإذا قلنا بصحة البيع وحصول العتق، فللسيد الولاء عليه، كما لو أعتقه على مال.

وفيه وجه آخر مذكور من قبل[1].

ولو أقر السيد «بأنه باع منه نفسه»، وأنكر العبد، عتق العبد بإقرار السيد، وحلف العبد «أنه لم يشتر»، ولا شيء عليه.

ولو قال: «بعتك نفسك بهذه العين» أو «بخمر» أو «خنزير»، فإن صححنا بيعه منه، وأثبتنا الولاء للسيد، فيعتق، وعلى العبد قيمة رقبته، كما لو قال: «أعتقتك على خمر» أو «خنزير».

وإن قلنا: لا ولاء عليه، فلا يصح ولا يعتق، كما لو باعه من أجنبي بخمر أو خنزير.

ولو قال: «وهبت منك نفسك[2]»، أو «ملكتك نفسك»، فقبل، عتق.

وعند أبي حنيفة[3] رحمه الله: يعتق بلا قبول.

ولو أوصى له برقبته، فإذا قبل بعد الموت، عتق.

واعلم أن الإعتاق على عوض، وبيع العبد من نفسه، يشاركان الكتابة في أن كل واحد منهما يتضمن إعتاقاً بعوض، ويفارقانها في الشروط والأحكام، وهما عقدان برأسهما.

---

(١) انظر: «الوجيز» (٢/ ٢٧٩)، و«الروضة» (١٢/ ١٧٠)، وهو على المذهب.

(٢) لفظة: (نفسك) ليست في (أ).

(٣) انظر: «الهداية» (٢/ ٥٠)، و«فتح القدير» (٤/ ٢٣٥).

قال:

(الرّكنُ الثاني: العِوَض، وشروطُه[١] أربعة:

الأول: أن يكونَ دَيناً؛ إذ لو كانَ عَيناً لكانَ من ملكِ غيرِه؛ إذ لا ملكَ له.

الثاني: الأجل، فلا تَصِحُّ الكتابةُ الحالّة؛ لأنه يَعجِزُ عقيبَ[٢] العَقد؛ إذ لا بدَّ من لحظةٍ في الاكتساب، إلا أن يكونَ نصفُه حرّاً فتَصِحُّ كتابتُه بغيرِ أجل؛ على أحدِ الوجهَين. ولو باعَ من المُفلسِ بغيرِ أجلٍ بثمنٍ يزيدُ على قيمةِ المثلِ[٣] فيَعجِزُ عنه، ولكنَّ الظاهرَ صحَّتُه. وفيه وجهٌ آخر: أنه لا يَصِحّ).

في أحد شروط العوض في الكتابة: أن يكون ديناً؛ ليلتزمه في الذمة ثم يحصله فيؤديه، وأما الأعيان فإنه لا يملكها حتى يُورد العقد عليها.

والثاني: أن يكون مؤجلاً، ووجه اشتراط التأجيل بأمرين:

أحدهما: اتباع السلف، فإنهم لم[٤] يعقدوا الكتابة، إلا على عوض مؤجل.

والثاني: أن[٥] على تقدير الحلول، تتوجه المطالبة في الحال وهو عاجز عن الأداء حينئذ، فيكون كالسلم في شيء لا يوجد عند المحل.

---

(١) في (ظ): (وشرطه).

(٢) في (أ): (تعقيب)، وفي (ظ): (تعجيز عقب)، وفي (ز): (عقب).

(٣) في (ز) و(ظ): (المبيع).

(٤) في (أ): (لا).

(٥) في (أ): (أن يكون).

واعترض على المعنى الثاني: بأنه قد يوصي له بمال لو قبل الكتابة، ويموت الموصي قبل عقد الكتابة. أو يوهب منه عقيب[١] العقد، فلا يتحقق العجز. وأجيب عنه: بأن قبول الوصية والهبة لا بد وأن يتأخر عن قبول الكتابة، فيكون العوض لازماً قبل القدرة والتمكن، وقد لا يتيسر القبول.

واعترض أيضاً: بأنه لو جرى عقد الكتابة على قدر[٢] من الملح، وهما على مملحةٍ[٣]، فيمكنه تسليم الملح عقيب عقد الكتابة. وأجيب عنه: بأنه لا يملك الملح ما لم يأخذه، والأخذ يتأخر عن الكتابة، وقد يعوق عنه عائق.

ولو ملك شقصاً من عبدٍ باقيه حرٌّ، فكاتب ما يملكه منه حالاً، ففيه وجهان:

أظهرهما: المنع؛ اتباعاً لما جرى عليه الأولون.

والثاني: أنه يجوز؛ لأنه قد يملك ببعضه الحر ما يؤديه، فلا يتحقق العجز في الحال.

ويصح البيع من المعسر؛ لأن الحرية مظنة القدرة وإن لم يملك شيئاً آخر؛ فإنه يقدر على أداء الثمن من المبيع[٤].

فإن زاد الثمن على قيمة المبيع:

المشهور: الصحة أيضاً؛ لأنه قد يجد زبوناً يشتريه بقدر الثمن.

وعن رواية الشيخ أبي محمّد رحمه الله وجه: أنه لا يصح البيع والحالة هذه.

وذكر القاضي ابن كج نحواً من هذا على سبيل الاحتمال، فقال: متى اشترى شيئاً في ذمته على أن يؤديه في الحال، ولم يقدر على ذلك، فلا يبعد أن يبطل.

---

(١) في (ز): (عقب).

(٢) في (ظ): (عقد).

(٣) في (أ): (ملحه)، وانظر: «المصباح المنير» (٢/ ٥٧٨) في تعريف ذلك.

(٤) في (أ): (البيع).

وعن القاضي الحسين ذكر وجهين فيما إذا أسلم إلى المكاتب عقيب[١] عقد الكتابة. ووجه الجواز: يقدر به[٢] برأس[٣] المال.

والخلاف قريب من الخلاف في البيع من المعسر، والبيع أولى بالصحة؛ لأن الثمن يحتمل ما لا يحتمله المسلم فيه، ألا ترى أنه لا يجوز الاعتياض عنه، وفي الاعتياض عن الثمن خلاف.

وقوله في الكتاب: (ولو باع من المفلس)، المراد من المفلس هاهنا المعسر الذي لا شيء له، دون المحجور عليه لحق الغرماء.

واعلم أنه يلزم من اشتراط التأجيل، اشتراط الدَّينية؛ لأن الأعيان لا تقبل الأجل، فكان بسبيل من أن يستغني عن ذكر الشرط الأول بذكر الشرط الثاني.

قال:

(الثالث: أن يُنجَّمَ بنَجمَينِ فصاعداً؛ اتِّباعاً للسَّلف، ويجوزُ لو كاتَبَ على خدمةِ شهرٍ ودينارٍ بعدَ العقدِ بيوم؛ لأن المنفعةَ تُستحقُّ عقيبَ[٤] العقد، وإنما التأخيرُ[٥] للتَّوفية، فلا[٦] يَضرُّ الحلولُ فيه؛ لاتِّصالِ القُدرةِ بالعَقد. ولو[٧] كاتَبَ[٨] على خدمةِ شهرَينِ ليكونَ كلُّ شهرٍ نجماً، لم يَجُز؛

(١) في (ز): (عقب).
(٢) في (أ) و(ي): (بقدرته).
(٣) في (ظ): (رأس).
(٤) في (ز): (عقب).
(٥) في (ي): (التأخر).
(٦) في (ز) و(ظ): (ولا).
(٧) في (أ): (وإن).
(٨) في (أ): (كانت).

لأن الكلَّ مُستحَقٌّ عندَ[1] العقد. ولو أضافَ استحقاقَ الشَّهرِ الثاني إلى الشَّهرِ الأول، فوجهان. ولو أعتقَه على أن يَخدمَه شهراً، عَتقَ في الحالِ وعليه الوفاء، فإن تَعذَّرَ فيَرجِعُ إلى قيمةِ المنفعة، أو قيمةِ الرقبة؟ فعلى قولَين، كما[2] في بدلِ الخُلع).

ومن شروط العوض في الكتابة: التنجيم بنجمين فصاعداً.

وقال أبو حنيفة ومالك[3] رحمهما الله: تصح الكتابة على نجم واحد.

لنا: أنه المأثور عن الصحابة رضي الله عنهم فمن بعدهم عملاً وقولاً.

ويروى عن عثمان رضي الله عنه: أنه غضب على عبد له فقال: «لا عاقبتك ولا كاتبتك على نجمين»[4]، وفيه إشعار بأنه الغاية من التضييق. وعن علي كرم الله وجهه، أنه قال: «الكتابة على نجمين».

وقال الماسرجسي: رأيت أبا إسحاق في مجلس النظر قرر ذلك، فقال: كانت الصحابة رضي الله عنه يسارعون إلى القربات والطاعات، فلو جازت الكتابة على نجم واحد لبادروا إليها.

---

(١) في (أ): (عقيب).

(٢) قوله: (كما) ليس في (ظ).

(٣) انظر: «الهداية» (٣/ ٢٥٣)، وانظر: «مختصر خليل» ص٢٩٦.

(٤) الأثر: أخرجه البيهقي في «سننه» (١٠/ ٥٤٠)، حديث (٢١٦٢٣) من كتاب المكاتب، باب مكاتبة الرجل عبده أو أمَته على نجمين فأكثر بمال صحيح. قال الحافظ ابن حجر في «التلخيص» (٤/ ٢١٦): «حديث عثمان ...، البيهقي من طريق مسلم بن أبي مريم عن رجل، قال: «كنت مملوكاً لعثمان ...» فذكره مطولاً، وفيه قصّة للزبير معه»، وانظر «البدر المنير» (٢/ ٤٦٢).

وعن ابن سريج رحمه الله: الاحتجاج بما قدمنا أن الكتابة مشتقة من ضم النجوم بعضها إلى بعض، وأقل ما يحصل به الضم نجمان.

والمعنى فيه: أن الكتابة عقد إرفاق، ومن تتمة الإرفاق التنجيم، ولذلك ضربت الدية على العاقلة مؤجلة منجمة؛ ليتيسر عليهم الأداء.

ومن بعضه حرٌّ وبعضه رقيق، هل يشترط في كتابة الرقيق منه التنجيم، أو تستثنى هذه الصورة؟ فيه وجهان، كالوجهين في اشتراط التأجيل فيها.

وهل يجوز أن يكاتب على مال كثير إلى نجمين قصيرين، أو إلى نجمين طويل وقصير مع شرط أداء الأكثر في النجم الأقصر؟ فيه وجهان:

أظهرهما: نعم؛ ليتحقق الإمكان، كما لو أسلم إلى معسر في مال كثير.

والثاني: المنع؛ لأن ما يندر الاقتدار عليه، يلحق في المعاملات بالمعجوز عنه، ألا ترى أنه يبطل السلم فيما يعز وجوده، كما يبطل فيما يستيقن عدمه[١].

والوجهان ظاهران على طريقة من يقول: يشترط التأجيل في الكتابة؛ لتحصل[٢] القدرة على الأداء.

قال الإمام[٣] رحمه الله: ويمكن إجراؤهما مع الاعتماد على اتباع الأولين:

فعلى أحد الوجهين: يجوز؛ لحصول صورة التأجيل والتنجيم.

وعلى **الثاني**: لا يجوز، فإنا وإن اتبعنا، فلا ينكر فيهم معنى[٤] المواساة، وإذا بعد

---

(١) في (ظ): (وجوده وعدمه).

(٢) في (أ): (التحصل)، وفي (ي) و(ظ): (لتحمل).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٣٤٤).

(٤) قوله: (معنى) ليس في (ظ).

الإمكان بطلت المواساة، وهذا يناظر اختلاف القول في إلحاق المحارم بالأجنبيات في اللمس الناقض للطهارة.

ثم في الفصل مسألتان:

إحداهما: يجوز أن يجعل عوض الكتابة منفعةً، كبناء دار، وخياطة ثوب، وخدمة شهر، كما يجوز أن تجعل المنافع ثمناً وأجرة.

وعن مالك[١] رحمه الله: منعه.

ولا يجوز أن يكتفى بخدمة شهر أو شهرين أو سنة عوضاً.

وتقدر خدمة[٢] كل عشرة أيام نجمًا، أو خدمة كل شهر من السنة نجمًا؛ لأن الجميع نجم واحد، والمطالبة ثابتة به[٣] في الـحال، إلا أنه يوفي بمضي الزمان.

ولو شرطا صريحاً: «أن تكون خدمة شهرٍ نجماً، وخدمة الشهر بعده نجماً آخر»، فوجهين:

أصحهما ـ وهو المنصوص في «الأم»[٤]: المنع؛ لأن منفعة الشهر الثاني[٥] متعينة، والمنافع المتعلقة بالأعيان لا يجوز أن يشترط[٦] تأخيرها.

والثاني: يجوز، واتصال ابتداء الشهر الثاني بانتهاء الأول، يخرجه عن أن يكون عقداً على المستقبل.

---

(١) انظر: «مختصر خليل» ص٢٩٦.

(٢) قوله: (خدمة) ليس في (أ).

(٣) قوله: (به) ليس في (أ).

(٤) انظر: «الأم» (٨/ ٤٧)، وانظر: «الوسيط» (٧/ ٥١٠)، و«الروضة» (١٢/ ٢١٧).

(٥) قوله: (الثاني) ليس في (ظ).

(٦) في (ي): (يشرط).

وهذا كالخلاف في «إجارة الدار السنة القابلة»، أو هو هو.

فإن انقطع مبتدأ المدة الثانية عن منقرض الأولى، كما لو كاتبه على «خدمة شهر، وخدمة شهر آخر بعد ذلك الشهر بعشرة أيام»، لم يجز بلا خلاف.

وينبغي أن تتصل الخدمة وغيرها من المنافع المتعلقة بالأعيان بعقد الكتابة ولا تتأخر عنها. وهذا كما أن عين المبيع لا تقبل التأجيل وتأخير التسليم.

ولو كاتبه في رمضان «على خدمة شوال»، لم يجز. ولو كاتبه على «دينار يؤديه في آخر الشهر، وعلى خدمة شهر بعد ذلك»، لم يجز.

وعن أبي حنيفة[1] رحمه الله: تجويزه.

وأما المنافع الملتزمة في الذمة، كخياطة ثوب[2] معين، وبناء جدار موصوف، ودار موصوفة، فيجوز فيها التأجيل.

ولو كاتبه على «بناء دارين[3]» وجعل لكل واحد منهما وقتاً معلوماً، صحت الكتابة.

إذا تقرر ذلك، فلو قال: «كاتبتك على خدمة شهر من الآن، وعلى دينار بعد انقضاء الشهر بيوم» أو «شهر»، جاز؛ لحصول التأجيل والتنجيم.

ولو قال: «على خدمة شهر، ودينار عند انقضاء الشهر»، فظاهر كلام الشافعي رضي الله عنه: أنه يجوز، بل عن نصه في «الأم»[4]: أنه إذا شرط «الدينار بعد الشهر أو معه»، كان جائزاً.

---

(١) انظر: «الهداية» (٣/ ٢٥٣).

(٢) في (ز): (ثوب واحدٍ).

(٣) في (ج) و(ز) زيادة: (على خدمة شهر من الآن).

(٤) انظر: «الأم» للشافعي (٨/ ٤٧).

واختلف الأصحاب فيه على وجهين ـ وعن ابن سريج أن فيه قولين ـ:

أحدهما ـ وبه قال أبو إسحاق رحمه الله ـ: لا يجوز؛ لأن استحقاق الدينار يتصل بالفراغ من الخدمة، فيصيران معاً كالنجم الواحد، ويحكى هذا عن اختيار أبوي الطيب؛ ابن سلمة والطبري، والقاضي أبي حامد رحمهم الله.

وهؤلاء، حملوا ظاهر كلام الشافعي رضي الله عنه على ما إذا قال: «ودينار[1]، بعد العقد بيوم» أو «شهر»، وغلطوا الربيع رحمه الله في رواية: «أو معه».

وأظهرهما ـ وبه قال ابن أبي هريرة، واختاره[2] الشيخان أبو حامد والقفال رحمهم الله ـ: الجواز؛ لأن المنفعة مستحقة في الحال، والمدة لتقديرها والتوفية فيها، والدينار إنما يُستحق المطالبة به عند انقضاء الشهر، وإذا اختلف الاستحقاق حصل التنجيم.

قالوا: ولا بأس بكون المنفعة حالّة؛ لأن التأجيل يشترط لحصول القدرة، وهو قادر على الاشتغال بالخدمة في الحال، بخلاف ما لو كاتب[3] على «دينارين، أحدهما حالّ، والآخر مؤجل».

وبهذا يتبين أن الأجل وإن كان يطلق اشتراطه في عوض الكتابة، فليس ذلك بشرط في المنفعة التي تقدر على الشروع في توفيتها في الحال.

ولو كاتبه على «خدمة شهر ودينار في أثناء الشهر» مثل أن يقول: «ودينار بعد العقد بيوم» ـ وهذه الصورة هي المذكورة في الكتاب ـ: فعن أبي الحسين بن القطان: القطع بالمنع.

---

(١) في (ز): (أو دينار).

(٢) لفظة: (اختاره) ليست في (ظ).

(٣) في (ز) و(ظ): (كانت).

والظاهر: إجراء الوجهين، والظاهر منهما الجواز، وهو المذكور في الكتاب[١].

ويجوز أن يعلم قوله: (ويجوز لو كاتب على خدمة شهر ودينار بعد العقد)، مع الواو بالميم؛ لما قدمنا من مذهب مالك رضي الله عنه.

ولو قال: «على خدمة شهر من وقت العقد، وعلى خياطة ثوب موصوف بعد انقضاء الشهر»، فهو كما لو قال: «وعلى دينار بعد انقضاء الشهر». وذكر في «التهذيب»[٢]: أنه لا بد من بيان العمل في الخدمة إذا كاتب عليها[٣]. وقال ابن الصباغ: يكفي إطلاق الخدمة. نعم، لو قال: «على منفعة شهر»، فلا يجوز؛ لاختلاف المنافع.

فإذا كاتب على الخدمة والدينار، فمرض في الشهر وفاتت الخدمة، انفسخت الكتابة في قدر[٤] الخدمة. وفي الباقي، قيل[٥]: هو كما لو باع عبدين فتلف أحدهما قبل القبض، ففي الباقي طريقان:

أحدهما: القطع ببقاء العقد فيه.

والثاني: أن فيه قولين.

وقيل: تبطل الكتابة في الباقي بلا خلاف؛ لأن الكتابة لا تقف على بعض العبد. وهذا ما حكاه القاضي أبو الطيب رحمه الله.

المسألة الثانية: إذا قال لعبده: «أعتقتك على أن تخدمني» أو «على أن تخدمني

---

(١) من قوله: (فعن أبي الحسين) إلى هنا ليس في (ز).

(٢) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٤٢١).

(٣) انظر: «التهذيب» (٨/ ٤٢٠)، و«الحاوي» (٢٢/ ١٦٦).

(٤) في (ظ): (وزن).

(٥) في (ظ): (مثل).

أبداً»، فقبل العبد، عتق[١] في الحال، ويرجع السيد عليه بقيمته؛ لأنه لم يعتقه مجاناً.

ولو قال: «على أن تخدمني شهراً من الآن»، فقبل، عتق، وعليه الوفاء.

فإن تعذر بمرض وغيره، فيرجع السيد عليه بأجرةٍ مثل الخدمة وهي قيمة المنفعة، أو بقيمة العبد؟ فيه قولان، كالقولين في الصداق[٢] وبَدل الخلع[٣] إذا تلفا قبل القبض.

ولو قال: «كاتبتك على أن تخدمني أبداً»، فلا عتق.

ولو قال: «على أن تخدمني شهراً»، فقبل وخدمه شهراً، عتق، ويرجع السيد عليه بقيمته، والعبد على السيد بأجرة مثل الخدمة؛ لأنها كتابة فاسدة.

وإن خدمه أقل من شهر، لم يعتق.

* * *

(١) في (ج): (عتق العبد).

(٢) انظر: «الوجيز» (٢/ ٢٧).

(٣) انظر: «الوجيز» (٢/ ٤١).

قال:

(الرابع: إعلامُ القَدرِ والأجلِ والنَّجم، وليُميَّز محلُّ كلِّ نجم، فلو كاتبَ على مئةٍ يُؤدِّيها في عشرِ سنين، لم يَجُز حتى يَتبيَّنَ محلَّ كلِّ نجم. ولو شَرطَ في الكتابةِ أن يَشتريَ منه شيئاً، فَسدَ. ولو كاتبَه وباعَه شيئاً على عِوضٍ واحدٍ دفعةً واحدةً فَسَدَ البيع، وفي الكتابةِ قولا تفريقِ الصَّفقة. ولو كاتبَ ثلاثةَ أعبدٍ على ألفٍ في صفقةٍ واحدة، فالنَّصُّ الصِّحّة. وفي شراءِ ثلاثةِ أعبدٍ من ثلاثةِ مُلاَّكٍ، فالنَّصُّ[1] الفساد. وفي خلعِ نسوةٍ ونكاحِهنَّ دفعةً بعوضٍ واحد، نصَّ على قولَين، فقيل: في الكلِّ قولان، لكون العوضِ معلومَ الجملةِ غيرَ معلومِ التفصيل).

فيه ثلاثة مسائل:

إحداها: لا بد من إعلام قدر العوض وصفته، وأقدار الآجال، وما يؤدي عند حلول كل أجل.

فإن كاتب على شيء من الأثمان، كفى الإطلاق إن كان في البلد نقدٌ واحدٌ، أو نقود والغالب منها واحد، وإلا فلا بد من التبيين والتمييز.

وإن كاتبه على عوض، وصفه بالصفات المعتبرة في السلم[2].

وعن أبي حنيفة[3] وأحمد[4]: يجوز الإطلاق، ويحمل العبد المطلق على عبد وسط.

---

(١) في (أ): (النص).

(٢) انظر «الوجيز» (١/ ١٥٤-١٥٦).

(٣) انظر: «الهداية» (٣/ ٢٥٣).

(٤) انظر: «المغني» (١٤/ ٤٥٤).

ولو كاتب على عين وصفها، على «أن يؤدي نصفها بعد انقضاء سنة، والنصف الآخر بعد انقضاء سنتين»، لم يصح؛ لأنه إذا سلَّم[1] النصف في السنة الأولى، تعين النصف الثاني للثانية، والمعين لا يجوز شرط الأجل فيه.

ولا يشترط تساوي الآجال، ولا تساوي المقادير المؤداة عند حلول الآجال.

وإذا كاتبه على «مئة، على أن يؤدي نصفها» أو «ثلثها عند انقضاء خمس سنين، والباقي عند تمام العشر»، أو على «أن يؤدي عند تمام كلِّ سنة، عشرة»، جاز.

ولو قال: «تؤدي بعضها عند انقضاء نصف المدة، والبعض عند تمامها»، لم يجز، وإن قال: «تؤديها في عشر سنين»، لم يجز، ووجهوه بمعنيين:

أحدهما: أنه كتابة إلى أجل واحد.

والثاني: أن «في» لا تقتضي إلا[2] الظرفية، ولم يبين أنه يؤديها دفعةً واحدة أو في دفعات، ولا أنه يؤدي في أولها أو وسطها أو آخرها.

وفيه وجه: أنه يجوز، ويوزع المال على عدد السنين.

ولو قال: «في شهر كذا» أو «في سنة كذا»، فهو مجهول، ويحمل[3] على أول الشهر وأول السنة، وفيه وجهان، كما ذكرنا في السلم مثلها[4].

ولو قال: «في وسط السنة»، فهو مجهول، أو يحمل على النصف؛ لأنه الوسط في الحقيقة. حكى القاضي الروياني رحمه الله في «الكافي» وجهين فيه.

---

(١) في (ز): (أسلم).

(٢) قوله: (إلا) ليس في (ظ).

(٣) في (ي): (أو يحمل)، [وفي «روضة الطالبين» (١٢/ ٢١٥): «ولو قال: في كلّ شهرٍ كذا، وفي سنة كذا، فهل هو مجهول، أم يحمل...». (م ع)].

(٤) من قوله: (أو في سنة كذا) إلى هنا ليس في (أ)، وانظر: «الوجيز» (١/ ١٥٥).

ولو قال: «يؤديها إلى عشر سنين»، لم يجز؛ لأنه كتابة إلى أجل واحد.

ولو قال: «كاتبتك على مائة تؤديها إليَّ في ثلاثة أشهر، قسط كل شهر عند انقضائه»: نقل القاضي ابن كج، عن ابن سريج: أنه يجوز.

وعن ابن أبي هريرة وغيره رحمهم الله: المنع إذا[1] لم يعلم حصة كل شهر في الحال.

وقوله في الكتاب: (إعلام القدر والأجل والنجم)، كأنه يعني بالقدر قدر جملة العوض، وبالنجم القدر المؤدى عند كل محل.

ويشبه أن يقال: يكفي إعلام المؤدى عند كل محل، ويسهل منه معرفة الجملة إذا أرادها.

و«النجم» في الأصل: الوقت، ويقال: كانت العرب لا يعرفون الحساب، ويبنون أمورهم على طلوع النجوم والمنازل، فيقول أحدهم: «إذا طلع نجم الثريا، أديت من حقك كذا»، فسميت الأوقات نجوماً.

ثم قد يُسمى المؤدّى في الوقت نجماً.

فرعان:

الأول: لو كاتب عبده على دينار إلى شهر، ودينارين إلى شهرين، على «أنه إذا أدّى الدينار الأول، عتق، ويؤدّي الدينارين بعد العتق»، فعن ابن سريج رحمه الله: أن في صحة الكتابة قولين، وهما: عند بعضهم: القولان في أن الصفقة[2] إذا جمعت

---

(١) في (ز): (إذ).

(٢) في (ظ): (الصيغة).

بين عقدين مختلفين، هل يحكم بصحتهما[١]. وعند بعضهم: متأصلان.

ويوجه البطلان، بأنه شرط ما يخالف قضية الكتابة؛ لأن قضيتها أن يعتق بأداء جميع النجوم دون البعض. والصحة: بأنه لو كاتبه مطلقاً، وأدّى بعض المال، ثم أعتقه على «أن يؤدي الباقي بعد العتق»، جاز، فكذلك إذا شرطه في الابتداء. كذلك نقله ابن الصباغ وغيره رحمهم الله.

الثاني: هل يشترط أن يعين موضع تسليم النجوم؟ ذكر القاضي ابن كج رحمه الله[٢]: أن فيه الخلاف المذكور في السلم[٣].

وذكر خلافاً في أنه إذا عين موضعاً فخرب ذلك الموضع، يسلمها في ذلك الموضع، أو في أقرب المواضع إليه.

فرع ثالث:

إذا كاتب على مال الغير، فسدت الكتابة، خلافاً لأبي حنيفة[٤] رحمه الله في الدراهم والدنانير؛ بناء على أنهما لا يتعينان بالتعيين، والمقصود من الإشارة إليهما المقدار.

ثم قال الصيدلاني رحمه الله: إذا أذن رب المال في أن يعطيه سيده، فأعطاه، حصل العتق، وإن أدى بغير إذن المالك لا يحصل العتق، بخلاف ما إذا قال: «إن أديت هذا إليَّ فأنت حرٌّ»، فإنه إذا أداه يعتق وإن كان مستحقاً؛ لأن ذلك محض تعليق، وهذه

---

(١) في (ي): (بصحتها).

أولاهما البطلان. انظر: «الوجيز» (١/ ١٤٠).

(٢) في (ظ): (ابن كجّ وغيره).

(٣) انظر: «الوجيز» (١/ ١٥٥).

(٤) انظر: «الهداية» (٣/ ٢٥٤).

كتابة تقتضي التمليك، وإذا وجد إذن المالك فقد وجد ما يقتضي الملك، لكنه يجب الرد والرجوع إلى القيمة؛ لفساد الكتابة، على ما سنذكر ـ إن شاء الله تعالى ـ في أحكام الكتابة الفاسدة[1].

المسألة الثانية: إذا شرط[2] في الكتابة «أن يشتري العبد منه شيئاً»، أو «يشتري هو من العبد»، فسدت الكتابة؛ لأنه شرط عقداً في عقد.

ولو كاتبه وباعه شيئاً على عوض واحد، بأن قال: «كاتبتك وبعت منك هذا الثوب بمئة إلى شهرين، تؤدي منها خمسين عند انقضاء الأول، والباقي[3] عند انقضاء الثاني، فإذا أديت فأنت حر»، فقال العبد: «قبلت الكتابة والبيع» أو «البيع والكتابة»، أو قال: «قبلتهما جميعاً»، ففيه طريقان:

أحدهما ـ وبه قال صاحب «الإفصاح» رحمه الله ـ: أنها على القولين فيما إذا جمع في صفقة واحدة بين عقدين مختلفي الحكم:

ففي قول: يصحان.

وفي آخر: يبطلان.

وأظهرهما ـ وهو المذكور في الكتاب ـ: أن البيع باطل؛ لتقدم أحد شقيه على مصير العبد من أهل مبايعة السيد.

وإذا بطل البيع، ففي صحة الكتابة قولان؛ لأنه جمع في الصفقة الواحدة بين ما يجوز وما لا يجوز، كما لو باع عبده وعبد غيره.

---

(١) قوله: (الفاسدة) ليس في (ز).

(٢) في (أ) و(ي): (شرطا).

(٣) قوله: (عند انقضاء الأول والباقي) ليس في (ظ).

فإن قلنا: تصح الكتابة ـ وهو الأظهر ـ فيصح[1] بجميع العوض في أحد القولين، وبالقسط في أصحهما، فيوزع ما سماه على قيمة العبد وقيمة الثوب، فما يخص العبد يلزمه في النجمين، فإذا أداه عتق.

وإن قلنا: إنها فاسدة، فعليه أداء جميع المال[2]؛ لتحصل الصفة، فيعتق، ثم يتراجعان.

ثم قال الصيدلاني: ويحتمل أن يخرج قول آخر: وهو أنه إذا أدى ما يخص قيمته يعتق، ثم يتراجعان.

وأدى الإمام[3] الطريقين، على نسق آخر[4] مع زيادة، فقال: يفسد البيع؛ لسبق إيجاب البيع على تمام[5] الكتابة.

وخرج بعضهم فيها وجهاً: أنه يصح، كما إذا قال: «اشتريت عبدك هذا بألفٍ، ورهنتك داري بالألف»، فقال المخاطب: «بعت، وارتهنت»، فإن النص صحة الرهن مع تقدم إيجابه على لزوم الدين، إلا أن الرهن من مصالح البيع، فاحتمل مزجه به، وما نحن فيه بخلافه.

فإن أفسدنا البيع، ففي صحة الكتابة قولا تفريق الصفقة.

وإن صححناه، فيتجه تخريجها على القولين في الجمع بين عقدين[6] مختلفي

---

(١) قوله: (فيصح) ليس في (أ).

(٢) في (ي): (أداء الجميع).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٣٤٨-٣٤٩).

(٤) في (ظ): (على نسق واحد).

(٥) في (ظ): (قيام).

(٦) في (ي): (عبدين).

الحكم، ولا يجيء هذا في الرهن والبيع؛ لأن الرهن تابع للبيع، ولذلك يجوز شرطه في البيع، ولا يجوز شرط البيع في الكتابة.

المسألة[١] **الثالثة**: إذا كاتب ثلاثة أعبد في صفقة واحدة، فقال: «كاتبتكم على ألفٍ إلى نجمين معينين، فإذا أديتم فأنتم أحرارٌ»، فالنصّ: صحة الكتابة.

ولو اشترى ثلاثة أعبد، كل[٢] واحد منهم لواحد من ملاكهم، فالحكاية عن النص: أن البيع باطل.

ولو خالع نسوة على عوض[٣] واحد، أو نكح نسوة على صداق واحد، ففي صحة المسمى قولان، نص عليهما.

وقد سبق ذكر هذه الصور وما فيها من طرق الأصحاب رحمهم الله، في كتاب الصداق[٤]، وهي مكررة هاهنا.

التفريع:

إن حكمنا بفساد هذه الكتابة، فلو أدوا المال جميعاً، عتقوا بحكم التعليق. وإن أدى بعضهم حصته، فهل يعتق؟ فيه وجهان، أو قولان:

المنسوب إلى نصه في «الإملاء»: أنه يعتق، ووجه: بأن العتق في الكتابة الفاسدة محمول على المعاوضة، ولذلك نقول بأن السيد والعبد يتراجعان على ما سيأتي، وقضية المعاوضة: أن يعتق كل واحد منهم بأداء ما عليه.

---

(١) قوله: (المسألة) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

(٢) قوله: (كل) ليس في (ظ).

(٣) في (ج): (ولو خالعوه نسوة بعوض).

(٤) انظر: «الوجيز» (٢/ ٢٧)، و«العزيز» (٨/ ٢٦٠).

وأقيسهما[١] ـ وهو الذي صححه القاضي ابن كج والقفال وغيرهما رحمهم الله ـ: أنه لا يعتق؛ لأن الصفة لم تكمل، فأشبه ما إذا قال: «إذا دخلتم الدار فأنتم أحرار»، فدخل بعضهم، لا يعتق.

ثم من عتق، رجع[٢] على السيد بما أدى، ويرجع[٣] السيد عليه بقيمته، والاعتبار بقيمة يوم العتق؛ لأن سلطنة السيد باقية إلى وقت العتق[٤]؛ لتمكنه[٥] من فسخ الكتابة الفاسدة[٦].

وإن قلنا: إنها صحيحة ـ وهو الأظهر، وبه قال أبو حنيفة ومالك[٧] ـ؛ فيوزع المال المسمى على العبيد. وكيف يوزع؟ فيه قولان:

أصحهما ـ وقطع به قاطعون ـ: أنه يوزع على قيمتهم، فإذا كانت قيمة أحدهم مئة وقيمة الثاني مئتان وقيمة الثالث ثلاثمئة، فعلى الأول سدس المسمى وعلى الثاني ثلثه وعلى الثالث نصفه، والاعتبار بقيمة يوم الكتابة؛ لأن سلطنة السيد تزول يومئذ.

والثاني ـ نقله الصيدلاني والقاضي الحسين وغيرهما ـ: أنه يوزع على عدد رؤوسهم، وأجري هذا القول في عوض الخلع والصداق، وقد ذكرناه هناك. وذكر الإمام[٨] رحمه الله: أنه لو طرده طارد على ضعفه في البيع، لم يبعد.

---

(١) في (ز): (وأصحهما).

(٢) في (أ) و(ي): (يرجع).

(٣) في (ز): (ورجع).

(٤) في (ج): (إلى وقت التعليق).

(٥) في (ظ): (فيمكنه).

(٦) لفظة: (الفاسدة) ليست في (ج).

(٧) انظر: «الهداية» (٣/ ٢٥٤)، و«مختصر خليل» ص٢٩٦.

(٨) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٣٥٢-٣٥٣).

وإن قضية الحكم بصحة العقود كلها؛ لارتفاع الجهالة والتردد. واختلاف الطرق إنما يجيء إذا حكمنا بالتوزيع على القيم؛ لأن ما على كل واحد منهم مجهول عند العقد.

ثم كل واحد من العبيد يؤدي ما عليه إما على التفاضل أو على التساوي في النجمين، وإذا أدى ما عليه عتق، ولم يتوقف عتقه على أداء غيره.

وإن مات بعضهم أو عجز، فهو رقيق، وغيره يعتق بأداء ما عليه.

ولا ينظر إلى أن السيد علق عتقهم بأداء جميعهم حيث[1] قال: «فإذا أديتم فأنتم أحرار»؛ لأن الكتابة الصحيحة يغلب فيها حكم المعاوضة.

ولذلك، إذا أبرأ السيد المكاتب عتق، وإذا مات لم تبطل الكتابة، بخلاف التعليقات.

وعن أبي حنيفة ومالك[2] رحمها الله: أنه لا يعتق بعضهم بأداء ما عليه، وإنما يعتقون معاً إذا أدوا جميع المال.

* * *

(١) قوله: (حيث) ليس في (أ).

(٢) انظر: «الهداية» (٣/ ٢٥٤)، و«مختصر خليل» ص٢٩٦.

قال رحمه الله:

(الرّكنُ الثالث: السَّيِّد، وشرطُه أن يكونَ مُكلَّفاً، أهلاً للتَّبرُّع، فلا تَصِحُّ كتابةُ القَيِّمِ لعبدِ الطِّفل، ولا كتابةُ المريضِ إذا لم يَفِ به الثلث، ولو كاتَبَ[1] في الصِّحّةِ ووَضعَ النُّجومِ في المرض، اعتبرَنا خروجَ الأقلِّ من الثُّلث، فإن كانَت قيمةُ الرَّقبةِ أقلَّ[2] فليسَ لهم إلا ذلك. ولو[3] عجَّزَ نفسَه، فإن[4] كانَت[5] النُّجومُ أقلّ، فليسَ لهم إلا ذلك. وكذا لو أوصى بإعتاقِه أو وضَعِ النُّجومَ عنه. ولو أقرَّ في المرضِ بقَبضِ نجومِ كتابتِه[6] في الصِّحّة، قُبِل).

يعتبر في السيد لتصح كتابته شيئان:

أحدهما: التكليف، فلا تصح كتابة الصبي والمجنون بإذن الولي ودون إذنه، وكذا إعتاقهما على مال[7].

وقال أبو حنيفة[8] رحمه الله: يجوز كتابة المميز[9] بإذن الولي.

---

(١) في (ظ): (كان).

(٢) لفظة: (أقل) ليست في (ز).

(٣) في (أ): (لو).

(٤) في (أ): (وإن).

(٥) في (أ) و(ي) و(ظ): (كان).

(٦) في (ز): «النجوم من مكاتبه». (م ع).

(٧) انظر: «الوسيط» (٧/ ٥١١)، و«التهذيب» (٨/ ٤١٩)، و«الروضة» (١٢/ ٢١٧).

(٨) انظر: «الهداية» (٣/ ٢٥٣).

(٩) في (ز): (الصبي والمميز).

والثاني: أن الكتابة تبرع[١]، واحتجوا له بوجهين:

أحدهما: أن المكاتب وكسبه للسيد، فمقابلة أحدهما بالآخر يزول عن أحدهما بلا عوض. واعترض عليه، بأنه قد يكاتبه على أضعاف قيمته، فيبدي الجد في الاكتساب؛ لتوقع الحرية، ويعان من الصدقات، ولولا الكتابة لكان الأمر بخلافه. وأجيب عنه: بأنه قد يتلف أو يتلف ما يكتسبه وما يأخذه من الصدقات، ويعود إلى الرق فلا يحصل للسيد إلا الرقبة، وتفوت أكساب مدة الكتابة عليه.

والثاني: أن المكاتب إذا عتق كان ولاؤه للسيد كالمعتق مجاناً، ولو كان ما يأخذه عوضاً محققاً لما كان الولاء له، كما لو أعتقه على عوض بذله غيره.

ويتعلق بكون الكتابة تبرعاً: أنه لا يجوز لولي الصبي والمجنون أباً كان أو غيره، أن يكاتب عبدهما؛ لأنه ليس له التبرع في مالهما، وكذلك لا يعتق عبدهما على مال، خلافاً لأبي حنيفة[٢] ومالك[٣] في الكتابة[٤]، ولأحمد[٥] رحمه الله فيها، وفي العتق على مال.

ولو أدى العبد إلى الولي ما كاتبه عليه، لم يعتق؛ لبطلان التعليق.

وكذا لا تصح كتابة السفيه المحجور عليه، ولا يحصل العتق بتسليم المال إليه في حال الحجر، ولا بعد ارتفاعه.

---

(١) كذا في الأصول، وكذا في المطبوع من كتاب «العزيز» (١٣/ ٤٥٧)، ولفظ «الوجيز»: «أهلًا للتبرُّع»، وكذا في «روضة الطالبين» (١٢/ ٢١٧). (م ع).

(٢) انظر: «الهداية» (٣/ ٢٥٣).

(٣) انظر: «مختصر خليل» ص٢٩٧.

(٤) قوله: (في الكتابة) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

(٥) انظر: «المغني» (١٤/ ٤٥٤).

وعن الفوراني رحمه الله حكاية خلاف فيما إذا سلم المال إليه في حال الحجر ثم رفع الحجر، أنه هل يعتق بالتسليم السابق؟

وإذا كاتب في مرض الموت، اعتبرت قيمة العبد من الثلث، سواء كاتبه بمثل قيمته أو بما فوقها أو بما دونها، وقد سبق ذكر هذا في موضع الوصايا، مع خلاف أبي حنيفة رحمه الله فيه.

فإن كان يملك عند الموت مثلي قيمته، صحت الكتابة؛ لخروجه من الثلث.

وإن لم يملك شيئاً سواه، وأدى النجوم في حياة[1] السيد:

فإن كاتبه على مثلي قيمته، عتق كله؛ لأنه يبقى للورثة مثلاه.

وإن كاتبه على مثل قيمته، عتق منه ثلثاه؛ لأنه إذا أخذ مئة وقيمته مئة فالجملة مئتان، فينفذ التبرع في ثلث المئتين، وهو ثلثا المئة. ويخالف ما إذا باع نسيئة[2] في مرض الموت بثمن المثل، وأخذ الثمن، حيث يصح البيع في الجميع؛ لأنه لو لم يبع لم يحصل له الثمن. وهاهنا لو لم يكاتب[3] لحصلت[4] له أكسابه.

ولو كاتبه على مثل قيمته، وقبض نصف النجوم، صحت الكتابة في نصفه.

وإن لم يؤد النجوم حتى مات السيد، نظر: إن لم يجز الورثة على ما زاد على الثلث، فثلثه مكاتب، فإذا أدى حصته من النجوم عتق.

---

(١) في (ز): (حق).

(٢) النسيئة، لغة: التأخير. ذكره في «المصباح» (٢/ ٦٠٤).

وشرعاً: «هو أن يشتري الرجل شيئاً بثمن مؤجّل، فإذا حلّ الأجل لم يجد ما يقضي به، فيقول: «بعه مني إلى أجل بزيادة شيء»، فيبيعه منه غير مقبوض». «النظم المستعذب» (١/ ٢٤٣).

(٣) في (أ): (يكاتبه).

(٤) في (ي): (فحصلت).

وهل يزاد في الكتابة بقدر نصف ما أدى وهو سدس العبد[١]، إذا كانت النجوم مثل القيمة؟ فيه وجهان عن ابن سريج رحمه الله:

أظهرهما ـ وينسب إلى النص ـ: لا؛ لأن الكتابة قد بطلت في الثلثين فلا يعود.

والثاني: نعم، كما لو ظهر للميت دفين أو نصب شبكة في الحياة، فيعقل بها صيدٌ بعد الموت، فإنه يزاد في الكتابة.

والوجهان، كالوجهين المذكورين في كتاب الوصايا، فيما إذا باع نسيئة ورد الورثة ما زاد على الثلث، وأجاز المشتري، هل يزيد على ما يصح البيع فيه بأداء ثلث الثمن؟

فإن قلنا: يزاد في الكتابة، وكان الأداء بعد حلول النجم، فهل عليه حصة السدس من النجم في الحال، أو يضرب له مثل المدة التي ضربها الميت أولاً؟ فيه وجهان:

هكذا عبر[٢] الصيدلاني وغيره رحمهم الله عن الوجه الثاني.

وقال في «التهذيب»[٣]: هل يمهل سدس الأجل المضروب؟

والوجهان مبنيان[٤] على أن السيد إذا حبس المكاتب مدة، هل يلزمه أن يمهله من وقت حلول الأجل مثل تلك المدة؟ وسيأتي ـ إن شاء الله تعالى ـ الكلام فيه.

وإذا زيدت الكتابة بقدر نصف الثلث، فإذا أدى نجومه، فيزاد نصف السدس، وهكذا يزاد نصف ما يؤدّي مرة بعد[٥] أخرى، إلى أن ينتهي إلى ما لا يقبل التنصيف.

---

(١) في (أ): (العبيد).
(٢) قوله: (عبر) ليس في (أ) و(ي)، وفي (ظ): (عن).
(٣) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٤٧٤).
(٤) من قوله: (هكذا عبر الصيدلاني) إلى هنا ليس في (ي).
(٥) قوله: (بعد) ليس في (أ)، وفي (ز): (مرة بعد مرة أخرى).

وإن[1] قلنا: لا يزاد في الكتابة، فالباقي[2] قن.

ولا يخرج على الخلاف فيما إذا كاتب أحد الشريكين نصيبه من العبد، فإن ذاك ابتداء كتابة، وهاهنا وردت[3] الكتابة على الجميع ثم دعت الحاجة إلى الإبطال في البعض.

وحكى القاضي ابن كج عن بعض الأصحاب رحمهم الله: أنه يخرج صحة الكتابة في الثلث، على الخلاف في كتابة أحد الشريكين نصيبه.

وإذا أجاز[4] الورثة الكتابة في جميعه، صحت الكتابة في جميعه.

وإذا عتق بأداء النجوم، فولاء الجميع للمورث إن جعلنا إجازتهم تنفيذاً، وإن جعلناها ابتداء عطية فولاء الثلث للمورث وولاء الثلثين لهم على قدر مواريثهم.

وإن أجازوا في بعض الثلثين، فإن جعلنا إجازتهم تنفيذاً صحت الإجارة فيما أجازوا وحكم الباقي على ما بينا، وإن جعلناه ابتداء عطية فهو على الخلاف في تبعيض الكتابة.

ويتبين بما ذكرنا أن قوله في الكتاب: (ولا كتابة المريض إذا لم يف به الثلث)، ليس المراد منه أنها لا تصح أصلاً، ولكن المراد: أنها لا تصح في جميع العبد.

ولو كان له عبدان متساويا القيمة لا مال له سواهما، فكاتب في مرض موته أحدهما، وباع الآخر نسيئة، نظر: إن حصلت النجوم والثمن في حياته، فالكتابة والبيع صحيحان.

---

(١) في (أ): (فإن).

(٢) في (أ): (والباقي).

(٣) في (ي): (وزادت).

(٤) في (ز): (وإن جازت).

وإن لم يحصل[١] حتى مات السيد، ولم يجز الورثة ما زاد على الثلث، صحت الكتابة في ثلث هذا، والبيع في ثلث هذا.

فإذا حصلت نجوم الثلث، أو ثمن الثلث، فهل يزاد في الكتابة والبيع؟ فيه وجهان، إن[٢] قلنا نعم، فيزاد فيهما جميعاً، ونصحح الكتابة في نصف السدس. والبيع كذلك.

وإن حصلت نجوم الثلث وثمن الثلث معاً، صحح كل واحد منهما في السدس.

ثم في الفصل مسألتان:

إحداهما: لو كاتب في الصحة ثم أبرأه عن النجوم في المرض، أو قال: «وضعت عنه النجوم»، أو «أعتقته»: فإن خرج من الثلث، عتق كله وسقطت عنه النجوم. وإلا فإن لم يكن له مال سواه: فإن اختار العجز، عتق ثلثه ورق ثلثاه.

وإن اختار بقاء الكتابة، فإن كانت النجوم مثل القيمة:

فأظهر الوجهين: أنه يعتق ثلثه وتبقى الكتابة في الثلثين.

والثاني ـ وبه قال أبوا علي؛ ابن أبي هريرة والطبري رحمهما الله ـ: أنه لا يعتق ثلثه ما لم يُسلم الثلثان للورثة، إما بأداء نجوم الثلثين أو بالعجز.

وإن كان بين النجم والقيمة تفاوت، فيعتبر خروج الأقل منهما من الثلث.

وقد ذكرنا جميع ذلك ووجوهه وطرق الحساب في الوصايا[٣].

واعلم أنه ينظر في الخروج من الثلث إذا أعتقه في المرض أو أبرأه عن النجوم في قيمة العبد وفي النجوم: فإن خرج كل واحد منهما من الثلث، نفذ عتقه ولا إشكال.

---

(١) في (ز): (يحصلا).

(٢) في (ز): (فإن).

(٣) انظر: «الوجيز» (١/ ٢٧٣)، و«العزيز» (٧/ ٥٨).

وإن تفاوتا وخرج أقلهما من الثلث دون الآخر، اعتبر الأقل: فإن كان له سوى المكاتب مئتان، وكانت القيمة مئة وخمسين، والنجوم مئة، فتخرج النجوم من الثلث فنعتبرها، ونحكم بنفوذ العتق.

ولو كانت القيمة مئة، والنجوم مئة وخمسين، فتخرج القيمة من الثلث فنعتبرها، ونحكم بنفوذ العتق[١].

وإنما كان كذلك؛ لأن ملك السيد إنما يستقر على الأقل منهما: فإن كانت النجوم أقل، فالكتابة لازمة من جهته وقد ضعف ملكه في المكاتب، وليس له إلا المطالبة بالنجوم التي صارت عوضاً.

وإن كانت القيمة أقل، فهي التي تخرج عن ملكه، وللعبد إسقاط النجوم بأن يعجّز نفسه.

وإن لم يخرج واحد منهما من الثلث: فإن[٢] كان يملك سوى المكاتب خمسين، فيضم أقلهما إلى الخمسين وينفذ العتق في ثلثهما من العبد.

فإذا كانت القيمة مئة وخمسين، والنجوم مئة، ضممنا النجوم إلى الخمسين، ونفذنا[٣] العتق في ثلثهما، وهو نصف العبد، وتبقى الكتابة في نصفه الآخر بنصف النجوم، فإن أداه إلى الورثة عتق، وإن عجز فلهم رده إلى الرق.

وإن كان يملك سوى المكاتب مئة، والقيمة والنجوم كما صورنا، فيعتق ثلثاه، وتبقى الكتابة في ثلثه بثلث مال الكتابة.

وإن كانت القيمة مئة، والنجوم مئة وخمسين، فكذلك يعتق ثلثاه، وتبقى الكتابة في ثلثه بثلث مال الكتابة وهو خمسون.

---

(١) من قوله: (ولو كانت القيمة مئة) إلى هنا ليس في (ي).
(٢) في (ز): (فإن)، وفي (ظ): (بل).
(٣) في (أ): (ونفذ).

قال ابن الصباغ رحمه الله: وعندي أنه إذا أدى الخمسين، فقد زاد مال السيد؛ لأنه ثبت هذا المال بعقد السيد، وورث منه، فينبغي أن يزيد ما يعتقه منه.

ولو أوصى السيد بإعتاق مكاتبه أو بإبرائه أو وضع النجوم عنه، فينظر أيخرج من الثلث، أو لا يخرج ويكون الحكم كما لو أعتقه السيد أو أبرأه بنفسه، إلا أن هاهنا نحتاج إلى إنشاء إعتاق، أو إبراء بعد موت السيد.

الثانية: إذا كاتب في صحته وقبض النجوم في مرض الموت أو قبضها وارثه بعد الموت، صح القبض، وكانت الكتابة من رأس المال، كما لو باع بمحاباة في الصحة وقبض الثمن في المرض.

ولو أقر في المرض بأنه قبض النجوم في الصحة أو في المرض، قُبل إقراره، وكان الاعتبار من رأس المال؛ لأنه أقر بما يقدر على إنشائه، ولأن الإقرار لغير الوارث لا فرق فيه بين الصحة والمرض.

وقوله في الكتاب: (بقبض[1] نجوم مكاتبه[2] في الصحة)، لا ينبغي أن يعلق قوله: (في الصحة)، بالقبض، فلا فرق بين أن يكون القبض المقرّ به في الصحة أو في المرض، ولكن ليعلق بقوله: (ومكاتبه[3])، فإن الكتابة ينبغي أن تقع في الصحة؛ ليكون الاعتبار من رأس المال.

قال الصيدلاني رحمه الله: فأما إذا كانت الكتابة في المرض، فأصل الكتابة من الثلث، فلا يفيد الكلام في أن الإقرار كيف يقبل[4]، بل يقبل فيما صححنا فيه الكتابة. والله أعلم.

---

(١) في (ي): (فيقبض).

(٢) تقدم في المتن بلفظ: «نجوم كتابته»، وانظر فروق النسخ فيه هناك. (م ع).

(٣) في (ز): (من كتابته).

(٤) في (أ): (كيف بل يقبل)، وفي (ي) و(ظ): (وكيف يقبل).

قال:

(وأما المرتدُّ فتُبنى كتابتُه على أقوالِ المُلك، والكافرُ تَصِحُّ كتابتُه إلا أن يكونَ العبدُ قد أسلمَ وخُوطِبَ ببيعِه فكاتَب، ففيه وجهان. ولو كاتَب ثم أسلمَ العبد، ففي الانقطاعِ وجهانِ مُرتَّبان، وأولى بأن تدومَ الكتابة، والحربيُّ تَصِحُّ كتابتُه، ولكن لو قَهرَه السَّيِّدُ عادَ ملكُه قبلَ[1] العتقِ وبعدَه).

لا يشترط لصحة الكتابة إسلام السيد، بل تصح كتابة الكافر في الجملة كما يصح إعتاقه.

ثم فيه مسائل:

إحداها: ذكرنا في التدبير[2] أن تدبير المرتد عبده، يبنى على أقوال المالك في المرتد.

ولو كاتب المرتد عبده، ففيه طريقان:

أحدهما ـ وبه قال ابن القطان وابن الوكيل، ورجحه أبو إسحاق، ويحكى عن اختيار الشيخ أبي حامد رحمهم الله ـ: أن الكتابة على الأقوال أيضاً، فإن قلنا بزوال ملك المرتد فهي باطلة، وإن قلنا ببقائه فصحيحة، وإن قلنا بالتوقف فهي موقوفة أيضاً[3].

---

(١) في (ز): (بعد).

(٢) انظر: «الوجيز» (٢/ ٢٨٢)، و«العزيز» (٢٢/ ٥١٣ - ٥١٤).

(٣) انظر: «المختصر» ص٣٢٩، و«الحاوي» (٢٢/ ٣٠٤-٣٠٥)، و«الوسيط» (٧/ ٥١٢)، و«التهذيب» (٨/ ٤٦٥)، و«الروضة» (١٢/ ٢٢١).

والثاني ـ وبه قال القاضي أبو حامد رحمه الله ـ: أنه ليس في الكتابة إلا القولان الأولان، ولا يجيء فيها التوقف؛ لأن الكتابة عقد معاوضة، والعقود لا توقف على أصل الشافعي رضي الله عنه، بخلاف التدبير فإنه تعليق عتق، والتعاليق تقبل الإغرار.

ومن نصر الأول قال: الشافعي رضي الله عنه لا يصحح[١] العقد للمالك موقوفاً على إجازته ورضاه. فأما انعقاد العقد موقوفاً على ما سيظهر وينكشف، فإنه يجوزه؛ ألا ترى أن تصرُّف المريض بالهبة والبيع بالمحاباة، ينعقد موقوفاً على إجازة الورثة. وأيضاً: فإن تصرُّف المفلس ينعقد موقوفاً على أحد القولين.

وقد يؤدّى غرض القولين[٢] بعبارة أقصر من هذه، فيقال: إن قلنا بزوال ملك المرتد لم تصح الكتابة، وإن قلنا ببقائه صحت. وإن قلنا بالوقف، فعلى الجديد والقديم في أن العقود هل توقف؟

ثم ما موضع الخلاف على اختلاف الطريقين[٣]؟ فيه طرق:

أشبهها ـ وهو الذي أورده الروياني وغيره ـ: أن موضع الخلاف ما إذا لم يحجر الحاكم عليه، وقلنا لا يحصل الحجر بنفس الردة، فأما[٤] إذا كان في حال الحجر فلا تصح الكتابة بحال.

والثاني: في كلام القاضي ابن كج رحمه الله، أنا إذا قلنا يصير محجوراً بنفس الردة ولم يحجر عليه الحاكم، فتصح كتابته[٥] بلا خلاف.

---

(١) في (ظ): (تصح).

(٢) في (ي) و(ظ): (الطريقتين)، وفي (أ): (الطريقين).

(٣) في (أ): (الطريقتين).

(٤) من قوله: (إذا لم يحجر) إلى هنا ليس في (ي).

(٥) في (ز): (كتابة).

والثالث ـ ويحكى عن ابن سلمة[١] وابن القطان ـ: طرد الخلاف في الحالتين.

ويخرج من هذه الاختلافات في كتابة المرتد، وجوهٌ أو أقوال خمسة:

أحدها: أنها موقوفة. والثاني: صحتها. والثالث: صحتها قبل الحجر خاصة. والرابع: بطلانها. والخامس: بطلانها بعد الحجر خاصة.

والأشبه بالترجيح ـ على ما أورده صاحب «التهذيب»[٢] هاهنا، وفي باب الردة ـ: الوجه الرابع. وعن القاضي أبي حامد: أن الأظهر الثاني، وهو اختيار المزني[٣] رحمهما الله.

التفريع:

إذا لم نحكم بحصول الحجر بالردة ولم يحجر الحاكم عليه، وصححنا الكتابة، فلو دفع المكاتب النجم إليه عتق، وكان له ولاؤه، وتكون النجوم ملكه؛ لأنا حكمنا ببقاء ملكه على هذا القول.

وإن أفسدنا الكتابة؛ لم يصح الأداء؛ لأنه ملك للمرتد، ولا يحصل العتق. وإن قلنا هي موقوفة، فالأداء أيضاً موقوف. فإن هلك على الردة، بان بطلانها، وكان العبد قناً. وإن صار السيد محجوراً عليه بنفس الردة، أو بحجر الحاكم، فإن أفسدنا الكتابة، فعلى ما ذكرنا فيها إذا لم يكن محجوراً عليه.

وإن صححناها[٤] أو قلنا بالتوقف، فلا يجوز دفع النجوم إليه؛ لأن المحجور عليه لا يصح قبضه، بل ينبغي أن يدفعها إلى الحاكم. فإن دفعها إلى السيد لم[٥] يعتق،

---

(١) في (أ): (عن أبي الطيب، وابن سلمة).

(٢) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٤٦٥).

(٣) انظر: «المختصر» ص٣٢٩، و«الروضة» (١٢/ ٢٢١).

(٤) في (ز): (صححنا).

(٥) لفظة: (لم) ليست في (ي).

ويستردها ويدفعها إلى الحاكم[١]. فإن تلفت وتعذر الاسترداد، فإن كان معه ما يفي بالنجوم ودفعه إلى الحاكم، فذاك، وإلا فله تعجيزه.

ثم إن هلك السيد على الردة بعدما عجزه، فهو رقيق. وإن أسلم، فهل نلغي التعجيز؟ فيه قولان، أو وجهان:

أحدهما: لا، كما لو كان للمحجور عليه بالسفه دين على غيره، فأخذه وتلف عنده، ثم زال الحجر، لا يحسب المأخوذ عليه، ولا ينقلب قبضه صحيحاً بزوال الحجر.

و**أصحهما** ـ وهو المنصوص في «المختصر»[٢] ـ: نعم؛ لأن المنع من التسليم إليه إنما كان لحق المسلمين، فإذا أسلم فقد سقط حق المسلمين، وصار الحق له فيعتد[٣] بقبضه. وعلى هذا، فيعتق لو كان قد دفع إليه جميع النجوم.

وحكى القاضي ابن كج وجهاً: أنه لا يعتق، ولا ينقلب القبض الممنوع منه صحيحاً، ولكن يبقى مكاتباً فيستأنف الأداء ويمهل مدة[٤] الردة. والمشهور: الأول[٥].

ولو كاتب المسلم عبداً ثم ارتد، لم تبطل كتابته، كما لا يبطل بيعه ورهنه بالردة.

ولكن لا يجوز دفع النجوم إليه إن قلنا: إن ملكه زائل إذا صار محجوراً عليه، فإن دفعها إليه فعلى ما ذكرنا.

---

(١) من قوله: (فإن دفعها إلى السيد) إلى هنا ليس في (ج).

(٢) انظر: «المختصر» ص٣٢٩.

(٣) في (ظ): (معتد).

(٤) لفظة: (مدة) ليست في (ي)، وفي (أ): (هذه).

(٥) انظر: «المختصر» ص٣٢٩، و«الحاوي» (٢٢/ ٣٠٦)، و«الوسيط» (٧/ ٥١٢)، و«الروضة» (١٢/ ٢٢١).

وتجوز كتابة العبد المرتد، كما يجوز بيعه وتدبيره وإعتاقه. ثم إن أدى النجوم في ردته من أكسابه، أو تبرع بالأداء عنه متبرع، عتق، ثم يجري عليه حكم المرتدين. وإن لم يؤدها، وعاد إلى الإسلام، بقي مكاتباً كما كان. وإن امتنع، قتل، وكان ما في يده لسيده، وارتفعت الكتابة بقتله.

ولو ارتد المكاتب لم تبطل الكتابة، فإن هلك على الردة ارتفعت الكتابة وكان ما في يده لسيده.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه يؤدي النجوم منه، وما بقي فهو لوارثه سواء اكتسبه في حال الردة أو الإسلام. حكاه في «التهذيب»[1].

فرعان عن نصّه في «الأم»[2] رضي الله عنه:

أنه قال: لا أجيز كتابة السيد المرتد والعبد المرتد إلا على ما أجيز عليه كتابة المسلمين، بخلاف الكافرين الأصليين يتركان على ما يستحلان ما لم يتحاكما إلينا.

وأنه لو لحق السيد بعدما ارتد بدار الحرب ووقف الحاكم مالَه، تتأدّى[3] كتابة مكاتبه، فإن عجز ردّه إلى الرّقّ. وإذا عجّزه ثم جاء سيده، فالتعجيز ماض، ويكون هو رقيقاً له. فإن أسلم السيد، ففي الاعتداد بما دفعه إليه ما مرّ.

المسألة الثانية: تصح كتابة الذمي كتابياً كان أو مجوسياً؛ لأنه مالك، والكتابة عقد معاوضة، وفيها تعليق عتق بصفة، وهما صحيحان منه. وكذا كتابة المستأمن[4] صحيحة. وهذا إذا جرت كتابتهم على شرائط شرعنا.

---

(١) انظر: «التهذيب» للبغوي (٨/ ٤٦٦).

(٢) انظر: «الأم» للشافعي (٨/ ٤١).

(٣) في (أ): (بأخذ تتأدّى)، وفي (ي): (تتأدّى بأخذ).

(٤) هو: من دخل دار الإسلام بعقد أمان أو ذمّة، طلَبَه. انظر ما سلفَ (١٩/ ٧٠٢)، و«المطلع على أبواب المقنع» ص٣٢١.

فأما إذا كاتب الذمي عبده على خمر أو خنزير، ثم أسلما أو ترافعا إلينا، فينظر: إن كان ذلك بعد قبض العوض المسمى، والعتق[١] حاصل، ولا رجوع للسيد على العبد، ولا يفسخ العقد ولا القبض الحاصل في الشرك.

وإن أسلما أو ترافعا قبل القبض، حكمنا بفسادها وإبطالها.

وإن وجد القبض بعد ذلك، لم يحصل العتق؛ لأنه لا أثر للكتابة الفاسدة بعد الفسخ والإبطال.

وإن قبض بعد الإسلام ثم ترافعا، حصل العتق؛ لوجود الصفة، ويرجع السيد على المكاتب بقيمته، ولا يرجع المكاتب للخمر والخنزير بشيء. نعم، لو كان المسمى مما له قيمة، فله الرجوع أيضاً.

وإن قبض بعض المسمى في الشرك، ثم أسلما أو ترافعا إلينا، فنحكم ببطلان الكتابة أيضاً.

فإن اتفق قبض الباقي بعد الإسلام وقبل إبطالها، حصل العتق، ويرجع السيد بجميع قيمته عليه، ولا توزع[٢] القيمة على المقبوض قبل الإسلام والمقبوض بعده؛ لأن العتق يتعلق بالنجم الأخير، وأنه وجد في الإسلام، ولا يثبت للنجوم حقيقة العوضية إلا إذا تمت، ألا ترى أنه إذا فرض عجز لم يكن المقبوض من قبل عوضاً، بل كسب رقيق، وإذا كان كذلك لم تكن قابلة للتقسيط الجاري في الأعواض.

وقوله في الكتاب: (والكافر[٣] تصح كتابته، إلا أن يكون العبد[٤] قد أسلم

---

(١) في (ز): (فالعتق).

(٢) في (أ): (لا يوزع).

(٣) قوله: (الكافر) ليس في (ز).

(٤) في (ز): (العبد رقيقاً).

وخوطب ببيعه، فكاتب[١] ففيه وجهان)، ليس الاستثناء فيه بحسن الموقع[٢]؛ لأن كتابة الكافر قد تصح وقد تفسد ككتابة المسلم، وليس الفساد مخصوصاً بهذه الصورة المستثناة.

والذي يقصده القائل بقوله: «إن الكافر لا تصح كتابته»، أنها تصح منه في الجملة، وأن الكفر لا يمنع صحتها، وهذا لا يحتاج إلى الاستثناء.

وأما الصورة المذكورة: فإذا أسلم عبد لذمي[٣] أو اشتراه، وقلنا بصحة الشراء، وأمرناه[٤] بإزالة الملك عنه، فكاتبه، ففي صحة كتابته قولان:

أحدهما: المنع؛ لأنه مأمور بإزالة الملك، والكتابة لا تزيل الملك، فصار كما لو دبره، أو علق عتقه بصفة.

وأقواهما ـ وبه قال أبو حنيفة[٥]، واختاره المزني[٦] رحمهم الله ـ: أنها صحيحة؛ لأن المقصود قطع استيلائه عنه ودفع الذل، وإذا كاتبه خرج عن تصرفه، وفيه نظر للعبد؛ لتوقع العتق. وإن عجز، أمر بإزالة الملك عنه.

وعلى **الأول**: يؤمر بإزالته[٧] في الحال، فإذا أدى النجوم قبل أن يتفق إزالة الملك، عتق بحكم الكتابة الفاسدة.

---

(١) في (ظ): (فكاتب نفسه).

(٢) في (ظ): (بحسن الموقع فيه).

(٣) في (أ): (الذمي).

(٤) في (أ): (وأمرنا).

(٥) انظر: «الهداية» (٣/ ١٥٦).

(٦) انظر: «المختصر» ص٣٢٩.

(٧) في (أ): (بإزالته عنه).

ويقال بإيراد آخر ـ وقد قدمناه في البيع ـ: هل يكتفى منه بالكتابة؟ فيه وجهان[١]: إن قلنا: نعم، فهي صحيحة. وإلا، ففي صحتها خلاف.

ولو كاتب الذمي عبده فأسلم[٢] المكاتب، فهل ترتفع الكتابة؟ فيه وجهان مرتبان على الخلاف في أنه إذا أسلم عبده فكاتبه، هل تصح[٣]، أو يكتفى منه بالكتابة[٤]؟ إن قلنا: نعم، فإذا طرأ الإسلام على الكتابة، لم يؤثر فيها. وإن قلنا: لا، ففي ارتفاعها وجهان، والفرق قوة الدوام.

ووجه المنع أيضاً: بأن الكتابة وقعت صحيحة، ولا يمكن أن يؤمر بإزالة الملك، فإنّ بيع المكاتب لا يجوز[٥]، فإن عجز فحينئذ يؤمر.

واعلم أن هذه الصورة مكررة، قد ذكرها مرة في التدبير مضمومة إلى ما شابهها، وهي[٦] ما إذا دبر الكافر عبده ثم أسلم مدبره، فقال: (والمكاتب كالمستولدة، وقيل كالمدبر[٧]).

وقوله في الكتاب[٨] هاهنا: (فيه وجهان مرتبان)، يؤدي معنى الطريقين، إلا أن الخلاف هناك عند من أثبته أُخذ من الخلاف في صورة التدبير، وهاهنا من الخلاف في صحة الكتابة إذا تقدم الإسلام عليها.

---

(١) قوله: (وجهان) ليس في (ظ).
(٢) في (ظ): (ثم أسلم).
(٣) في (ي) و(ظ): (وهل يكتفى).
(٤) من قوله: «إن قلنا: نعم، فهي صحيحة» إلى هنا سقط من (ز). (م ع).
(٥) في (ز): (أن يؤمر بإزالة الملك عنه، فإن بيع المكاتب لا يجوز بيعه).
(٦) في (أ) و(ي): (وهو).
(٧) انظر: «الوجيز» (٢/ ٢٨٢).
(٨) قوله: (في الكتاب) ليس في (ز) و(ظ).

المسألة الثالثة[١]: كما تصح كتابة الذمي، تصح كتابة الحربي؛ لأنه مالك.

وعن مالك وأبي حنيفة[٢] رحمهما الله خلافه.

ثم لو قهره السيد بعدما كاتبه، ارتفعت الكتابة وصار قناً. ولو قهر المكاتب سيده صار حراً، وصار السيد عبداً؛ لأن الدار دار قهر، ولذلك[٣] لو قهر حرٌّ حرّاً هناك ملَكه[٤]، بخلاف ما لو دخل السيد والمكاتب دار الإسلام بأمان ثم قهر أحدهما الآخر، لا يملكه؛ لأن الدار دار حق وإنصاف.

وإن خرج المكاتب الينا مسلماً هارباً من سيده، بطلت الكتابة وصار حراً؛ لأنه قهره على نفسه فيزول ملكه عنه[٥]. وإن خرج إلينا غير مسلم، نظر: إن خرج بإذنه وبأماننا[٦] للتجارة وغيرها، استمرت الكتابة، كما لو خرج السيد إلينا بأمان.

وإن خرج هارباً منه، بطلت[٧] وصار حراً، ثم لا يمكّن من الإقامة إلا بالجزية[٨]، فإن لم يقبل، أو لم يكن ممن تقبل منه الجزية، ألحق بمأمنه.

وإن جاءنا السيد مسلماً، لم نتعرض لمكاتبه هناك.

---

(١) في (ز): (الثانية).

(٢) في (ز): (وعن أحمد وأبي حنيفة).
انظر: «الهداية» (٣/ ٢٥٦)، و«مختصر خليل» ص٢٩٧.

(٣) في (ظ): (وكذا).

(٤) قوله: (ملكه) ليس في (ظ).

(٥) في (أ) و(ي): (عنها).

(٦) في (ظ): (بأمانة).

(٧) في (ز): (بطلت الكتابة).

(٨) الجزية: مأخوذة من الجزاء.
وشرعاً: اسم للمال المأخوذ من الكُفّار. انظر ما سلف (٢٠/ ٨).

وإن دخل بأمان مع المكاتب، ولم يقهر أحدهما الآخر، وأراد العود إلى دار الحرب، أو كاتبه بعدما دخلا وأراد العود فلم يساعده المكاتب، لم يكن له أن يحمله قهراً، كما لا يسافر المسلم بمكاتبه ـ وقد مرَّ لهذا ذكر في التدبير ـ، ولكن يوكل من يقبض النجوم عنه.

فإن أراد أن يقيم، طولب بالجزية. ثم إن عتق المكاتب، طولب بالجزية أيضاً أو رُدَّ إلى المأمن، وإن عجّز نفسه عاد قناً للسيد.

قال ابن الصباغ رحمه الله: ويبقى الأمان فيه، وإن انتقض في نفس السيد بعوده؛ لأن المال ينفرد بالأمان، ولذلك لو بعث الحربي ماله إلى بلد الإسلام بأمان، يثبت الأمان للمال دون صاحبه. وقد[1] يجيء في هذا الخلاف الذي سبق في السِّيَر، فيما إذا رجع المستأمن وخلف عندنا مالاً.

ولو مات السيد في دار الإسلام، أو بعد العود إلى دار الحرب، ففي مال الكتابة قولان:

أظهرهما ـ وهو اختيار[2] المزني ـ: أنه يبقى الأمان فيه، فيبعث إلى ورثته؛ لأنه لا خلاف في أنهم ورثوه، ومن ورث مالاً ورثه بحقوقه، كالرهن والضمان.

والثاني: يبطل الأمان فيه ويكون قناً؛ لأنه مال كافر لا أمان له.

وإن سبي السيد بعدما رجع إلى دار الحرب، نظر: إن مُنَّ عليه أو فودي، أخذ النجوم، وهو[3] بما جرى في أمان ما دام في دار الإسلام.

---

(١) قوله: (قد) ليس في (ظ).

(٢) انظر: «المختصر» ص٣٢٩.

(٣) في (ز): (وهما)، وفي (ي): (وهو مما).

فإن رجع، انتقض الأمان فيه، وفي المال إن تركه عندنا ما سبق.

وإن اسْتُرِق، زال ملكه، وفي مال الكتابة طريقان:

أحدهما: أن فيه قولين، كما في صورة الموت.

والثاني: القطع بأنه لا يبطل الأمان فيه؛ لأنه ينتظر عتقه وصيرورته أهلاً للملك، بخلاف الميت.

وإن شئت قلت: إن قلنا: يبقى الأمان فيه ولا يصير قناً في صورة الموت، فهاهنا أولى، ويوقف، فإن[1] عتق فهو له، وإن مات رقيقاً فهو فيء. وفيه قول: أنه يصرف إلى ورثته.

وإن قلنا هناك: يصير فيئاً، فهاهنا[2] قولان، اختيار أبي إسحاق رحمه الله: أنه لا يكون فيئاً، ويوقف؛ لأنه يرجى عود المالكية.

وأما ولاء هذا المكاتب: فإن عتق قبل أن يسترق السيد فطريقان:

أحدهما: أن الولاء كالمال، فإن جعلناه فيئاً فالولاء لأهل الفيء، وإن توقفنا فكذلك نتوقف في الولاء.

وأظهرهما: أنه سقط ولاؤه؛ لأن الولاء لا يورث ولا ينتقل من الشخص إلى الشخص.

وإن استرق السيد قبل عتق المكاتب: فإن جعلنا ما في ذمته فيئاً، فإذا عتق يدفعه إلى الحاكم، ففي الولاء الوجهان، كذلك ذكره صاحب «الشامل» وغيره رحمهم الله.

---

(١) في (أ) و(ي): (إن).

(٢) من قوله: (أولى ويوقف فإن عتق) إلى هنا ليس في (ظ).

وإن قلنا إنه موقوف: فإن عتق السيد، دفع المكاتب المال إليه، وكان له الولاء.

وإن مات رقيقاً وصار المال فيئاً، ففي الولاء الوجهان.

ولو قال المكاتب في مدة التوقف: «انصبوا من يقبض المال؛ لأعتق»، أجيب إليه.

فإذا عتق، فليكن في الولاء الخلاف. وقد قيل: يبنى ذلك على أن مكاتب المكاتب إذا عتق تفريعاً على أنه تصح كتابته، يكون ولاؤه للسيد المكاتب، أو يوقف على عتق المكاتب، وفيه قولان:

إن قلنا بالأول، فالولاء هاهنا لأهل الفيء.

وإن قلنا بالثاني، فيوقف.

قال الروياني في «جمع الجوامع»: والصحيح عند الأصحاب في المسألة، أنه يوقف المال وكذا الولاء. فإن عتق فله المال والولاء، وإن مات رقيقاً فالمال لأهل الفيء ويسقط الولاء.

وقوله في الكتاب: (والكافر تصح كتابته)، ليحمل على الذمي، وإن أمكن إجراؤه على إطلاقه على ما تبين؛ لأنه قال بعده: (والحربي تصح كتابته).

ولو أجرى ذلك على إطلاقه كان الأحسن أن يقول: «والحربي وإن صحت كتابته، لكن لو قهره السيد» إلى آخره.

فروع:

كاتب مسلم عبداً كافراً في دار الإسلام أو في دار الحرب، صحت الكتابة، فإن عتق، لم يمكّن من الإقامة في دار الإسلام إلا بالجزية.

فإن وقع في الأسر حين كان في دار الحرب، لم تبطل الكتابة؛ لأنه في أمان السيد، وهذا كما أنه لا يسترق معتقه، وإن التحق بدار الحرب.

وإن استولى الكفار على مكاتب مسلم، لم تبطل الكتابة، وكذا لا يبطل التدبير والاستيلاد إذا استولوا على مدبره أو مستولدته.

وإذا استنقذ المسلمون مكاتبه، فهل تحسب[١] مدة الأسر من أجل[٢] مال الكتابة؟ فيه طريقان:

أحدهما: أنه على القولين فيما إذا حبس السيد مكاتبه مدة.

وأظهرهما: القطع بالاحتساب، بخلاف تلك الصورة؛ فإن المنافع فاتت عليه بتقصير وتعدٍّ من السيد، وهاهنا بخلافه.

ويبنى على هذا الخلاف، أنه هل للسيد الفسخ والتعجيز وهو في الأسر؟ فإن قلنا باحتساب المدة عليه[٣]، فله ذلك.

ثم يفسخ بنفسه كما لو كان المكاتب حاضراً، أو يرفع الأمر إلى الحاكم؛ ليتفحص هل له مال يفيء بالكتابة؟ فيه وجهان، أظهرهما: الأول.

ثم إذا فسخت الكتابة، وأقام البينة بعد الخلاص على «أنه كان له من المال ما يفيء بالكتابة»، بطل الفسخ، وأدى المال، وعتق.

---

(١) في (أ): (يحتسب).

(٢) في (ي): (أصل).

(٣) قوله: (عليه) ليس في (ز).

قال رحمه الله تعالى:

(الرّكنُ الرّابع: العبد، وله شرطان: الأول: أن يكونَ مكلَّفاً، فلا تَصِحُّ كتابةُ الصَّغيرِ وإن كانَ مميِّزاً).

يشترط لصحة الكتابة: أن يكون العبد مكلفاً؛ ليشتغل بالكسب ويوثق بصرف ما يكتسبه إلى السيد. فلا تصح كتابة الصبي مميزاً كان أو غير مميز، ولا كتابة المجنون.

وعند أبي حنيفة وأحمد[(١)] رحمهما الله: تصح كتابة الصبي المميز؛ بناء على أنه يجوز تصرفه بإذن الولي، وإيجاب السيد إذن له في القبول.

واحتج الأصحاب رحمهم الله: بأنه غير مكلف، فلا تصح كتابته كالمجنون.

وفي «جمع الجوامع» للروياني: أنه لو كاتب عبده الصغير الذي لا يميز، والمجنون، وقبل السيد عنه، يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله، واستؤنس؛ لاعتبار[(٢)] التكليف بقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النور: ٣٣]، وإنما يتحقق الابتغاء من العاقل البالغ.

ولو كاتب العبد لنفسه، ولأولاده الصغار، لم تصح الكتابة للأولاد، وفي صحتها لنفسه قولا تفريق الصفقة.

وحكى الصيدلاني عن أبي حنيفة رحمهما الله: أنها[(٣)] تصح في حق الجميع.

وذكر: أن أبا حنيفة رحمه الله، ساعد على أنه لو كان الأب حراً، لم تصح كتابته

---

(١) انظر: «الهداية» ص١٥٣، و«المغني» (١٤/ ٤٤٤).

(٢) في (ظ): (لاعتداد).

(٣) في (أ): (إنما).

لأولاده الصغار، وأن مالكاً[1] رحمه الله قال بصحتها.

إذا عرف أنه ليس للسيد أن يكاتب عبده الصغير والمجنون، فلو أنه فعل وقال في كتابته: «إذا أديت كذا، فأنت حر»، فوجدت الصفة، حصل العتق.

قال الإمام[2] قدس الله روحه: وفي النفس من هذا شيء؛ لأنه أداء من حيث الصورة، ولا يتصور منهما التمليك، وقد ذكرنا أن قول الرجل لامرأته: «إن أعطيتني ألفاً، فأنت طالق»، يقتضي إمكان التمليك.

ولك أن تؤيد ما ذكره باحتمالٍ قدمناه فيما إذا علق الطلاق بدخول الطفل فوجد منه صورة الدخول، أنه لا يحنث. والمذهب حصول العتق.

ثم حكى القاضي ابن كج رحمه الله في كيفية حصوله، اختلافاً عن الأصحاب: منهم من قال: يحصل العتق حصوله في الكتابات[3] الفاسدة؛ لأنه لم يرض بعتقه إلا بالعوض، فعلى هذا يرجع السيد عليه بقيمته[4].

وظاهر المذهب: أنه يحصل بمجرد حصول الصفة المعلق عليها، وأنه ليس لما جرى حكم الكتابات الفاسدة في التراجع وغيره، فلا يرجع السيد عليه بقيمته، ولا يجب عليه رد ما أخذه.

أما أنه لا يرجع بالقيمة؛ فلأن قبول الصبي والمجنون والتزامهما المال، باطلان، والعقد معهما ليس بعقد، فلذلك[5] لو اشترى الصبي أو المجنون شيئاً وهلك عنده، لا يضمنه، ولو اشترى العاقل البالغ شيئاً شراء فاسداً فهلك عنده، يضمنه.

---

(١) انظر: «مختصر خليل» ص٢٩٧.

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٣٤١-٣٤٢).

(٣) في (أ): (الكتابة).

(٤) في (ي): (بالقيمة). قال النووي: «... الأصح أنها لا تصح». «الروضة» (١٢/ ٢٢٧).

(٥) في (ي) و(ز): (ولذلك)، وفي (ظ): (وكذلك).

وأما أنه لا يرد ما أخذ؛ فلأنه كسب عبده.

وهذا الخلاف الذي حكاه ابن كج رحمه الله، نقلوه فيما إذا كاتب عبده المجنون، وأخذ المال المسمى: روى المزني في «المختصر»[1]: أنه يعتق العبد، ولا تراجع. ورواية الربيع: أنه يثبت التراجع.

فعن ابن سريج وابن خيران: أن الحكم ما رواه الربيع على ما هو دأب الكتابة الفاسدة. وأن المزني أخطأ في النقل، وربما حمل ما رواه على ما إذا كاتب عبده كتابة صحيحة، ثم جُنَّ العبد فأخذ المال وهو مجنون، يصح القبض ولا تراجع.

والأصح ـ وبه قال أبو إسحاق والأكثرون رحمهم الله ـ: أنه لا تراجع كما رواه المزني؛ لأن المجنون ليس من أهل العقد، فيبطل معنى المعاوضة ويبقى مجرد التعليق.

ونقل الربيع وقع خطأ، وربما حمل على ما إذا كاتب عبده العاقل كتابة فاسدة، ثم جُنّ فأدّى.

وعن رواية القاضي أبي حامد: أن في المسألة قولين.

وفي «طريقة الصيدلاني»: الامتناع من إجراء الخلاف في الصبي، وفرق بأن الجنون عارض فهو كعارض[2] شرط فاسدٍ في الكتابة، بخلاف الصبي.

وأجرى صاحب «التهذيب»[3] رحمه الله في الصبي ما قيل في المجنون، كما قدمناه عن ابن كج.

ثم من أثبت التراجع، جعل ما فضل من الكسب للعبد، ومن لم يثبته جعله للسيد، وهو الأصح.

---

(١) انظر: «المختصر» ص٣٢٩.

(٢) في (ز): (كعروض).

(٣) انظر: «التهذيب» للبغوي (٨/ ٤١٩).

فروع تدخل في الفصل:

لا يجوز كتابة العبد المرهون؛ لأن الرهن يحوج إلى البيع، والكتابة تمنع منه.

ولا كتابة العبد المستأجر؛ لأنه في تصرف الغير، فلا يتفرغ للاكتساب لنفسه.

وفي «كتاب القاضي ابن كج»: أنه يجوز كتابة المعلق عتقه بصفة، وكتابة المدبر، فإن سبق موت السيد عتق بالتدبير، وإن سبق أداء النجوم عتق بالكتابة.

وأنه يجوز كتابة المستولدة، فإن مات السيد قبل أداء النجوم، عتقت من رأس المال.

وأن أبا الحسين[1] خرَّج وجهاً: أنه لا يجوز كتابتها. وهذا ما نقله الروياني في «التجربة» عن إشارة النص في «الأم»[2]، ووجهه: بأن الكتابة اعتياض عن الرقبة، ورجحه مرجحون.

والأظهر: الأول، وسيأتي ـ إن شاء الله تعالى ـ التفريع عليه.

وأنه لو قبل الكتابة من السيد أجنبي على «أن يؤدي عن العبد كذا[3] في نجمين، فإذا أداهما عتق العبد»، ففي صحتها وجهان:

أحدهما: الصحة، كخلع الأجنبي.

والثاني: المنع؛ لأنها تخالف موضوع الباب.

فإن صححناها، فهل يجوز أن تكون حالّة؟ فيه وجهان. وإن لم نصححها، فإذا أدّى، عتق العبد بوجود الصفة، ويرجع المؤدّي على السيد بما أدّى، والسيد عليه بقيمة العبد.

---

(١) لعله ينصرف إلى أبي الحسين بن القطّان.

(٢) «الأم» للشافعي (٨/ ٦٣).

(٣) في (ز): (أن يؤدّي المال كذا عن العبد).

قال:

(الشَّرطُ الثاني: أن يُكاتبَ كلَّه، فلو كاتبَ نصفَ عبدِه، فالمذهبُ أنه لا يَصِحّ، ولو كاتبَ من نصفِه حرّ، جاز؛ لحصولِ الاستقلال، ولو كاتبَ أحدُ الشَّريكَين بغيرِ إذنِ شريكِه، فالمذهبُ أنه باطل. ولو كانَ بالإذنِ فقَولان، والأظهَر: أنه لا تُصرَفُ الصَّدقةُ إلى من نصفُه رقيق. ولو كاتَبا[1] على مالٍ واحدٍ جاز، وانفسخَت النُّجومُ على قَدرِ مُلكِهما، فإن شَرَطا تفاوتاً في القِسمة، فقد انفردَت كلُّ صفقةٍ وهي[2] بإذنِ الشَّريك، فيُخرَّجُ على القولَين).

لك أن تقول: إيراد الكتابة على كل العبد ليس صفة في العبد حتى يقال للعبد شرطان، ولعل جعله شرطاً في نفس الكتابة أحسن من جعله شرطاً للعبد.

والفقه: أنه إذا كاتب بعض عبده[3]: فإما أن يكون باقيه حراً، فتصح الكتابة؛ لأنها استغرقت الرقيق منه، فتفيده[4] الاستقلال.

فإن كاتب جميعه والصورة هذه، بطلت في بعضه[5] الحر، وفي الرقيق قولا التفريق.

---

(١) في (ي): (كاتبه).

(٢) في (أ): (وهو).

(٣) في (ي) و(ز): (بعض عبدٍ).

(٤) في (ي): (فتفيد).

(٥) في (ي): (نصفه).

وكذا لو كان يعتقد الرق في جميعه، فبان بعضه حراً: فإن قلنا يفسد، فلا يعتق حتى يؤدي جميع المسمى؛ لتحقق الصفة، فإذا عتق استرد من السيد ما أدى، وللسيد عليه قسط القدر الذي كاتبه من القيمة. وإن قلنا: يصح، فيستحق جميع المسمى، أو قسط الرقيق من القيمة؟ فيه قولان، كما في البيع إذا أجاز المشتري البيع في المملوك.

وإما أن يكون باقيه، أو بعض الباقي رقيقاً، والقدر الرقيق إما أن يكون له، أو لغيره.

الحالة الأولى: إذا كان له: فقد نصّ: أن الكتابة لا تصح؛ لأن المكاتب يحتاج إلى التردد حضراً وسفراً لاكتساب النجوم، ولا يستقل بذلك إذا كان بعضه رقيقاً، فلا يحصل مقصود الكتابة. وأيضاً: فلا يمكن صرف سهم المكاتبين[1] إليه؛ لأنه يصير بعضه ملكاً لمالك الباقي فإنه من أكسابه، بخلاف ما إذا كان باقيه حراً فإنه يمكن وضع الصدقة فيه، وفي هذا شيء سنذكره إن شاء الله تعالى.

وعن ابن سريج رحمه الله: تخريج قول آخر، أخذاً مما إذا كاتب أحد الشريكين نصيبه بإذن الآخر، فإنه إذا كاتب بعض ما يملكه فقد كاتب البعض بإذن مالك الباقي. ونحا أبو الحسين ابن القطان رحمه الله نحوه، فأثبت في المسألة وجهين.

والجمهور قطعوا بالمنصوص، وقالوا: أحد الشريكين لا يتمكن من كتابة نصيب الآخر، والمالك الواحد يتمكن من كتابة جميع ما يملكه.

وإن[2] صححنا كتابة البعض، فإن كان بين السيد وبينه مهايأة، فاكتسب النجوم في نوبته وأدّاها، فيعتق القدر الذي كاتبه ويسري إلى الباقي.

---

(١) في (ي): (الكتابيين).

(٢) في (ز): (فإن).

فإن لم يكن بينهما مهايأة، فما يكتسبه يكون بينهما: فإن وفر قسط السيد، وما بقي بالنجوم من قسطه، عتق[١]. وإن لم يؤفِّر إلا قدر النجوم، ففي العتق خلاف سنذكر نظيره.

وإن لم نصححها، فهي كتابة فاسدة، فإن أدى المال قبل أن يفسخها السيد، عتق، والسراية كما ذكرنا. ثم يرجع المكاتب على السيد[٢] بما أدّى، ويرجع السيد عليه بقسط القدر المكاتب من القيمة، ولا يرجع بقسط ما سرى العتق إليه؛ لأنه لم يعتق بحكم الكتابة[٣].

الحالة الثانية: إذا كان الباقي لغيره: فإذا كاتب أحد الشريكين نصيبه، نظر: إما أن يكاتب بإذن الآخر، أو دون إذنه.

إن كاتب بإذنه، ففيه قولان:

أصحهما ـ وهو المنصوص في «الأم»[٤]، واختاره المزني[٥]، وبه قال مالك[٦] رحمهما الله ـ: أنه لا تصح الكتابة؛ لأن الشريك الآخر يمنعه من التردد والمسافرة، ولا يمكن أن يصرف إليه سهم المكاتبين.

والثاني ـ قاله في «الإملاء» على مسائل محمد بن الحسن[٧] ـ: أنها تصح؛ لأنه

---

(١) قال في «روضة الطالبين» (١٢/ ٢٢٧): «فإن كسب ما يفي بقسط السيد والنجوم عتق». (م ع).

(٢) قوله: (على السيد) ليس في (ز).

(٣) انظر: «الأم» (٨/ ٤١)، و«الوسيط» (٧/ ٥١٣)، و«التهذيب» (٨/ ٤٣٧)، و«الروضة» (١٢/ ٢٢٧).

(٤) انظر: «الأم» للشافعي (٨/ ٤٤).

(٥) انظر: «المختصر» ص٣٢٥.

(٦) انظر: «مختصر خليل» ص٢٩٧.

(٧) هو: محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني، الحنفي، أبو عبد الله صاحب أبي حنيفة، إمام في الفقه والأصول وغيرهما، وهو الذي نشر مذهب أبي حنيفة، ولد بواسط ونشأ بالكوفة، ثم انتقل إلى بغداد، ولي =

يستقل في البعض المكاتب عليه، وإذا جاز إفراد البعض بالإعتاق، جاز إفراده بالعقد المفضي إلى العتق.

وبهذا القول قال أبو حنيفة[١] رحمه الله، وقال: إذا أعتق نصيبه بأداء النجوم يستسعى في الباقي. وعن أبي سلمة: القطع بالقول الأول.

فيجوز أن يعلم قوله في الكتاب: (فقولان[٢]) بالواو[٣]؛ لذلك.

وإن كاتب بغير إذن الآخر: فظاهر المذهب: فساد الكتابة؛ لعدم الاستقلال، ولأن نصيب الشريك ينتقص فيتضرر به.

وربما خرج القولان في حالة إذن الشريك، على هذين المعنيين: إن قلنا بالأول، لم يصح. وإن قلنا بالثاني، فقد أسقط حقه، ورضي بالضرر الذي يلحقه.

وعن أبي علي الطبري رحمه الله: وجه آخر: أنها تصح وإن كاتب بغير الإذن، كما ينفرد أحد الشريكين بالإعتاق والتعليق والتدبير.

قال الإمام[٤] رحمه الله: ذهبت طائفة إلى تخريج القولين في هذه الصورة، وهو منقدح؛ لأن إذن الشريك لا يفيده الاستقلال، فلا يبقى إلا تخيل تضرر[٥] الشريك، وهذا لا حاصل له مع نفوذ العتق من[٦] الشريك.

= للرشيد القضاء ثم عزَله، له كتب عديدة، توفي سنة تسع وثمانين ومئة بالرّي رحمه الله. انظر ترجمته في: «تاريخ بغداد» (٢/ ١٧٢)، و«شذرات الذهب» (١/ ٣٢١).

(١) انظر: «الهداية» (٣/ ٢٦٦-٢٦٧).

(٢) في (ي): (قولان).

(٣) قوله: (بالواو) ليس في (أ) و(ظ).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٤١١).

(٥) في (ظ): (إلا يحيل لضرر).

(٦) في (ي): (مع).

التفريع:

إن أفسدنا كتابة أحد الشريكين، فللسيد فسخها وإبطالها كسائر الكتابات الفاسدة. فإن لم يفعل، ودفع العبد بعض كسبه إلى الذي لم يكاتبه، وبعضه إلى المكاتب بحسب الملك، حتى أدى مال الكتابة، عتق، ويقوّم نصيب الشريك على المكاتب بشرط اليسار، ويرجع العبد عليه بما دفع، ويرجع هو على العبد بقسط القدر الذي كاتب من القيمة[1]. وإن دفع جميع ما اكتسبه إلى المكاتب حتى تم قدر النجوم، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يعتق؛ لأن العتق في الكتابة الفاسدة يتعلق[2] بحصول الصفة، وقد حصلت.

وأصحهما: المنع؛ لأن المعاوضة تقتضي إعطاء ما يملكه لينتفع بالمدفوع إليه.

وفي «طريقة الصيدلاني» نقلهما قولين، ونسبة الأول إلى ما أطلقه في كتاب ابن أبي ليلى، والثاني إلى رواية الربيع.

وأجرى الخلاف فيما إذا قال: «إن أعطيتني عبداً فأنت حر»، فأعطاه عبداً مستحقاً، هل يحصل العتق؟ فإن قلنا: لا يعتق، فللذي لم يكاتب أن يأخذ نصيبه كما[3] أخذه المكاتب، فإنه ملكه. ثم إن أدى العبد تمام النجوم من حصته من الكسب، عتق[4]، وإلا فلا.

---

(١) في (أ): (القسمة).

(٢) في (أ): (تعلق).

(٣) في (أ) و(ز): (مما)، وفي (ظ): (فما).

(٤) في (ز): (في العتق عتق).

وإن قلنا: يعتق، فيأخذ نصيبه أيضاً، والتراجع بين المكاتب والعبد وسراية العتق على ما تقدم.

وإن صححنا كتابة أحد الشريكين، فدفع العبد من كسبه حصته إلى المكاتب، أو جرت بينه وبين الذي لم يكاتب مهايأة، فدفع ما اكتسبه في نوبته إلى المكاتب حتى تمت النجوم، عتق، وقوّم عليه نصيب الشريك إذا كان موسراً، وكذا لو أبرأه عن النجوم أو أعتقه.

وإن دفع إليه كل ما اكتسبه حتى تم قدر النجوم: ففي «جمع الجوامع» للقاضي الروياني: أن بعض الأصحاب رحمهم الله، جعل حصول العتق على وجهين أو قولين، كما ذكرنا تفريعاً على قول الفساد.

والظاهر: القطع بالمنع.

وفرق: بأن الكتابة إذا[1] صحت، غلب فيها معنى المعاوضة، وفي المعاوضات تسليم غير المملوك كعدمه.

وإذا فسدت الكتابة، فيغلب حكم الصفة؛ فلذلك جاء الخلاف.

فروع، أوردها القاضي ابن كج رحمه الله:

أحدها: إذا أذن لشريكه في كتابة نصيبه، فله أن يرجع عن الإذن، فإن لم يعلم الشريك برجوعه حتى كاتب، فعلى الخلاف في تصرف الوكيل بعد العزل وقبل العلم به.

الثاني: كاتب نصيبه بإذن شريكه وجوزناه، فأراد الشريك الآخر كتابة نصيبه، هل يحتاج إلى إذن الأول؟ فيه وجهان.

---

(١) قوله: (إذا) ليس في (أ).

الثالث: كاتب أحدهما نصيبهُ، وقال للآخر[١]: «كاتبته[٢] بإذنك»، وأنكر، فإن قال مع ذلك: «وقد أدّى المال»، عتق بإقراره، وقوّم عليه نصيب الشريك إن كان موسراً.

وإن لم يقرّ بالأداء، فالقول قول المنكر مع يمينه، فإن حلف بطلت الكتابة، وإن نكل حلف الذي كاتب، فإن نكل ردت اليمين على المكاتب.

هكذا ذكر ابن القطان رحمه الله، وقال: عندي ينبغي أن يكون هذا التداعي بين الشريك والمكاتب، فإذا ادعى المكاتب الإذن، وأنكر الشريك، صدقه، وإن نكل، حلف المكاتب، وثبتت الكتابة. هذا إذا انفرد أحد الشريكين بالكتابة.

أما إذا كاتبا العبد المشترك معاً، أو وكّلا رجلاً فكاتب جميعه[٣]، أو وكّل أحدهما الآخر فكاتبه، صحت الكتابة إن اتفقت النجوم جنساً وأجلاً وعدداً، وجَعَلا حصّة كلّ واحد من النجوم[٤] بحسب اشتراكهم في العبد، أو أطلقا، فإنها كذلك تنقسم.

وإن اختلفت النجوم في الجنس أو في قدر الأجل أو العدد، أو شرطا تفاوتاً في النجوم مع التساوي في الملك، أو بالعكس ففيه طريقان:

أظهرهما ـ وهو الذي أورده في الكتاب، وبه قال القفال ـ: أن صحة كتابتهما على القولين فيما إذا انفرد أحدهما بكتابة نصيبه بإذن الآخر.

والثاني: القطع بالمنع، وبه قال القاضي أبو الطيب؛ لأنا لو جوّزنا ذلك، لزم أن ينتفع أحدهما بمال الآخر؛ لأنه إذا استوى المكان ودفع إلى أحدهما مئة وإلى الآخر

---

(١) في (أ): (الآخر).
(٢) في (أ): (كاتبت).
(٣) في (ز): (وكاتب شريكه).
(٤) من قوله: (جنساً وأجلًا وعدداً) إلى هنا ليس في (ي).

مئتين، فقد ترتفع الكتابة بالعجز، فيحتاج الأول إلى أن يرجع على الثاني بخمسين، ويكون الثاني قد انتفع بها مدة بقائها في يده من غير استحقاق.

ولا يشترط استواء الشريكين في ملك العبد الذي يكاتبانه. وفي «الكافي» للروياني: فيه وجه ضعيف.

وليعلم قوله في الكتاب: (فيما إذا كاتب أحد الشريكين بغير إذن الآخر، فالمذهب أنه باطل) بالألف؛ لأن أحمد رحمه الله يصحح هذه الكتابة.

وفي «شرح الموفق بن طاهر[(١)]» عن أبي حنيفة مثله. وكذلك حكى عنه فيما إذا كاتب بعض عبده. والله أعلم.

بقي الكلام في مسألة: وهي أن المشهور أنه لا يجوز صرف الصدقة إلى من بعضه[(٢)] رقيق؛ لما ذكرنا أن ما يأخذه ينقسم على القدر الرقيق وغيره.

قال الإمام[(٣)] رحمه الله: ورأيت لبعض الأصحاب ما يدل على تجويزه، وقد يمنع هذا القائل الانقسام، ويقول: تختص الصدقة بالقدر المكاتب؛ لأنه لا يجوز أن تكون الصدقة كسب رقيق.

وفي «الكافي» للقاضي الروياني عن بعضهم: إطلاق قولين، وفي المسألة تفصيل حسن[(٤)] وإلى ترجيحه يميل إيراده، وهو أنه: إن لم يكن بينهما مهايأة، فلا يجوز أن يأخذ من سهم الصدقات. وإن كان[(٥)] بينهما مهايأة، فله أخذه في يوم نفسه خاصة.

---

(١) سبقت ترجمته (١/ ٢٤٤).

(٢) في (ز): (نصفه).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٤١٩).

(٤) (وفي المسألة تفصيل حسن) ليس في (أ).

(٥) في (أ): (كانت).

قال رحمه الله:

(فرع: لو كاتباه ثم عَجَزَ أحدُهما وأرادَ الثّاني إبقاءَ الكتابةِ في نصيبِه بالإنظار[١]، فقولان، وأولى بالجواز؛ لقوّةِ الدَّوام. ولو كاتبَ واحدٌ عبداً، ثم خلَّفَ ابنَين وعجَّزَه أحدُهما وأنظرَه الآخر، فهذا أولى).

إذا اجتمع الشريكان على كتابة العبد ثم عجز، فعجّزه أحدهما وفسخ الكتابة، وأراد الآخر إنظاره وإبقاء الكتابة: فأظهر الطريقين[٢]:

أنه كابتداء الكتابة، فلا يجوز إبقاؤها من غير إذن الشريك، وفي إبقائها بإذنه قولان.

وهل يكون التوافق على ابتداء الكتابة إذناً في إبقائها؟ يخرج مما أورده الإمام[٣] فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنهما إذا توافقا على الكتابة، فقد رضيا بأحكامها، ومن أحكامها جواز الإنظار عند العجز.

وأشبههما: المنع، وجعل الإرفاق ناقضاً لما جرى به الإذن والتوافق[٤] عليه.

ومنهم من قطع بجواز الإبقاء بالإذن، وقال: يحتمل التبعيض في الانتهاء، وإن لم يحتمل في الابتداء؛ لأن الدوام أقوى من الابتداء[٥].

---

(١) في (ظ): (بالإيطاء).

(٢) في (أ): (القولين).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٤١٢).

(٤) في (ي): (الموافق).

(٥) «وفيه طريقة ثالثة: وهي القطع بالمنع، لأن ذلك يؤدّي إلى أن يبقى نصف العبد مكاتباً بغير رضا الشريك، والنص إبطال ذلك ابتداء، فكذا في الدوام. حكاها الإمام والغزالي في «البسيط»، ووقع في «الوسيط» فيه خلل. قاله في الخادم». ورد بهامش المطبوع من «العزيز» (١٣/ ٤٧٦).

وقوله في الكتاب: (فقولان وأولى بالجواز؛ لقوة الدوام)، ينبه على[١] الطريقين.

ولو كاتب إنسان عبده، ومات عن ابنين، وعجز المكاتب، فأرقة أحدهما، وأراد الثاني إنظاره، فيجري فيه الطريقان؛ لأن الكتابة بعد الموت بين الوارثين ككتابة تصدر من الشريكين، ولذلك يعتق نصيب أحد الابنين بإبرائه عن حصته من النجوم.

وهذه الصورة أولى بأن لا تتبعض فيها الكتابة؛ لأنها صدرت من واحد في الابتداء، وهناك صدرت من شخصين، والصفقة تتعدد بتعدد العاقد.

قال:

(هذا بيانُ ما يَصحُّ من الكتابةِ وما لا يَصحّ، فيَنقسمُ إلى باطلٍ وفاسد. فالباطل[٢]: هو الذي اختلَّ أحدُ أركانِه بأن صَدرَ[٣] الإيجابُ والقَبولُ[٤] من غيرِ مكلَّف، أو غيرِ مالك، أو مكرَه[٥]، أو عُدِمَ قصدُ ماليّةِ العِوض؛ كما لو كاتبَ على دمٍ أو حشرات، أو اختلَّت الصِّيغةُ بأن فُقِدَ لفظُ العَقد).

لما تكلم في الأركان بشروطها التي هي مناط الصحة[٦]، أراد أن يبين حال الكتابة التي لا تصح، وتنقسم إلى باطلة وفاسدة.

أما الباطلة، فهي التي اختل بعض أركانها: بأن كان السيد صبياً أو مجنوناً أو مكرهاً على الكتابة، أو كان العبد كذلك، أو كاتب ولي الصبي والمجنون عبدهما، أو

---

(١) قوله: (على) ليس في (أ) و(ز).

(٢) في (أ): (الباطل).

(٣) في (أ): (صدرت).

(٤) قوله: (والقبول) ليس في (ز).

(٥) في (ز): (أو من مكره).

(٦) في (أ): (للصحة).

لم يجر ذكر عوض، أو ذكر ما لا يقصد ولا مالية له كالدم والحشرات، أو اختلت[١] الصيغة بأن فقد الإيجاب أو القبول، أو لم يوافق أحدهما الآخر.

وأما الفاسدة، فهي التي امتنعت صحتها بشرط فاسد، أو لفوات شرط في العوض بأن كان خمراً أو خنزيراً أو مجهولاً، أو لم يؤجله أو لم ينجمه، أو كاتب بعض العبد.

وضبطها الإمام[٢] رحمه الله فقال: إذا صدرت الكتابة إيجاباً وقبولًا ممن تصح عبارته، وظهر اشتمالها على قصد المالية، لكنها لم تستجمع شرائط الصحة، فهي الكتابة الفاسدة.

إذا عرفت ذلك، فالكتابة الباطلة لاغية، إلا أنه إذا صرح بالتعليق وهو ممن يصح تعليقه، فيثبت مقتضى التعليق.

وأما الفاسدة، فإنها تشارك الصحيحة في بعض الأحكام، على ما سنذكر على الأثر، وإنما كان كذلك على خلاف البيع وسائر العقود، حيث لا يفرق فيها بين الباطل والفاسد؛ لأن العتق هو المقصود من الكتابة، ولتوقع العتق صححناها، وإلا فهي على خلاف القياس، على ما مرّ.

وتعليق العتق لا يفسد وإن فسدت[٣] الكتابة؛ فانتظار العتق الذي هو المقصود أحوج إلى أن يثبت في الفاسدة بعض أحكام الصحيحة، وهكذا وجه الإمام[٤].

لكن قضية هذا، أن تكون الكتابة الباطلة إذا صح التعليق فيها، كالكتابة التي سميناها فاسدة.

---

(١) في (ي): (اختلفت).
(٢) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٣٦٥).
(٣) في (أ): (صدرت).
(٤) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٣٣٨).

وقوله في الكتاب: (أو غير مالك)، أو بغير إذن المالك[١]، وقوله: (أو مكره)، يبين اشتراط الاختيار في السيد والعبد جميعاً، وإن لم يذكره في الركنين، وقد يهمل مثل هذا؛ لوضوحه.

وقوله: (أو عدم قصد مالية العوض، كما لو كاتب على دم وحشرات)، في قولهم[٢]: «إن الدم لا يقصد»، توقّف أبديناه في الخلع. وعدّ الصيدلاني الكتابة على الميتة والدم من صورة الكتابة الفاسدة، كالكتابة على الخمر والخنزير. والله أعلم.

قال:

(ثم الفاسدُ يُساوي الصَّحيحَ في ثلاثةِ أمور: أحدها: أنه يَحصلُ العِتقُ بالأداء، ولكن بحُكمِ التَّعليق، فلا يَحصلُ بالإبراءِ والاعتياض. الثاني: أنه يَستقلُّ بالكَسبِ ويَستَتبعُ عندَ العتقِ ما فَضَلَ من كسبِه، وكذا ولدُه من جاريتِه، أما ولدُ المُكاتبةِ ففي سرايةِ الكتابةِ الفاسدةِ إليه قولان، كما في سرايةِ التَّعليق. الثالث: أنه يَستقلُّ حتى يُعاملَ السَّيِّدُ وتَسقطَ عنه نفقتُه. والصَّحيحُ أنه لا يُسافر، وفي صرفِ[٣] الزَّكاةِ إليه وجهان).

قال الأصحاب: تعليق العتق بالصفة على ثلاثة أقسام:

أحدها: التعليق الخالي عن المعاوضة، كقوله: «إن دخلت الدار» أو «إن[٤] كلمت

---

(١) قوله: (أو بغير إذن الملك) ليس في (أ).

(٢) في (ي): (قوله).

(٣) في (أ): (مصرف).

(٤) قوله: (إن) ليس في (ي) و(ز) و(ظ).

فلاناً، فأنت حر»، ومن هذا القبيل قوله: «إن أديت إليّ كذا، فأنت حر»، فإنّ المال ليس مذكوراً على سبيل الأعواض، فهذا لازم من الجانبين، فليس للعبد ولا للسيد ولا لهما رفعه بالقول، ويبطل بموت السيد، وإذا وجدت الصفة في حياته عتق، وكسب العبد قبل وجود الصفة للسيد.

ولو أبرأه في صورة التعليق بأداء المال عن المال، لم يعتق، ولا تراجع بين السيد وبينه.

والثاني: التعليق في عقد يغلب فيه معنى المعاوضة، وهو الكتابة الصحيحة، وستـأتي أحكامها إن شاء الله تعالى.

والثالث: التعليق في عقد فيه معنى المعاوضة، ويغلب فيه معنى التعليق، وهو الكتابة الفاسدة، وهي كالصحيحة في أحكام[1]:

أحدها: أنه إذا أدى العبد المسمى، عتق بموجب التعليق، ولا يعتق بإبراء السيد، ولا بأداء الغير عنه متبرعاً؛ لأنّ الصفة المعلق عليها لا تحصل بهما[2]، بخلاف الكتابة الصحيحة.

وحكى الصيدلاني عن أبي حنيفة[3] رضي الله عنهما: أنه يعتق بهما.

ولو اعتاض عن المسمى، لم يعتق أيضاً.

وقوله في الكتاب: (فلا يحصل بالإبراء والاعتياض)، رتبه على أن العتق يحصل بموجب التعليق لا بحكم المعاوضة، وإلا فهو مما يفارق فيه الكتابة الفاسدة الكتابة الصحيحة، وذكره هناك أحسن.

---

(١) في (أ): (الأحكام).

(٢) في (ز): (بها).

(٣) انظر: «الهداية» (٣/ ٢٥٧).

وقوله: (والاعتياض)، قد يفهم من السياق المذكور تجويز الاعتياض في الكتابة الصحيحة، وحصول العتق به، لكن فيه خلاف سيأتي من بعد إن شاء الله.

والثاني: أنه يستقل بالأكساب(١)؛ ليتردد وينصرف، فيؤدي المسمى ويعتق، وإذا أدى فما فضل من الكسب فهو له، وإنما كان كذلك؛ لأن الكتابة الفاسدة كالصحيحة في حصول العتق بأداء المسمى، والأداء يكون من الكسب فيكون بمنزلة الصحيحة في الكسب.

وولد المكاتب من جاريته بمثابة أكسابه، لكن لا يبيعه فإنه مكاتب(٢) عليه، على ما سنذكر من بعد إن شاء الله تعالى. فإذا عتق تبعه، وعتق عليه.

والمكاتبة كتابة فاسدة، هل يتبعها ولدها؟ فيه طريقان:

أظهرهما ـ على ما ذكره الإمام(٣) وغيره رحمهم الله ـ: نعم، كالأكساب.

والثاني ـ وهو المذكور في الكتاب، وحكاه الشيخ أبو علي عن أبي زيد ـ: أن فيه قولين؛ لأن العتق إنما يحصل في الكتابة الفاسدة من جهة التعليق، وقد ذكرنا في التدبير قولين في ولد المعلق عتقها. هذا ما أورده.

وسنذكر في ولد المكاتبة كتابة صحيحة، قولين في أنه هل يتبعها؟ فيمكن أن يقال: الطريقان مفرعان(٤) على قولنا: إنه يتبعها(٥) هناك.

---

(١) في (ز): (بالاكتساب).

(٢) في (أ): (يتكاتب).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٤٧٢).

(٤) في (ي): (متفرعان).

(٥) في (أ): (أنه).

والثالث: أورد الإمام[١] وصاحب الكتاب رحمهما الله: أنه إذا استقل، سقطت نفقته عن السيد، وأن له معاملة السيد كالمكاتب كتابة صحيحة.

والذي ذكره صاحب «التهذيب»[٢]: أنه لا يجوز معاملته مع السيد، وأنه لا[٣] ينفذ تصرفه فيما في يده كما في المعلق عتقه بصفة. ولعل هذا أقوى.

واختلفوا في صورتين:

إحداهما: هل للمكاتب كتابة فاسدة أن يسافر دون إذن السيد؟ يبنى ذلك على أنّ المكاتب كتابة صحيحة هل يسافر بغير إذنه؟ وقد نصّ في باب كتابة بعض العبد في «المختصر»[٤] أنه يسافر. وعن «الإملاء»: منعه.

وفيهما طريقان للأصحاب:

أحدهما: أن فيه قولين:

أحدهما: المنع، وبه قال مالك[٥] رضي الله عنه؛ لما فيه من المخاطرة بالمال، ولهذا لم يكن للشريك أن يسافر بغير إذن شريكه[٦].

وأصحهما: الجواز، وبه قال أبو حنيفة وأحمد[٧] رضي الله عنهما؛ لأنه قد يستعين

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٤٢٣).

(٢) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٤٢٧).

(٣) في (أ): (ولأنه).

(٤) انظر: «المختصر» ص٣٢٥.

(٥) انظر: «مختصر خليل» ص٢٩٨.

(٦) قوله: (شريكه) ليس في (أ).

(٧) انظر: «الهداية» (٣/ ٢٥٧)، و«المغني» (١٤/ ٤٧٥).

بالسفر على الاكتساب. ولأن المكاتب في يد نفسه، والسيد يستحق عليه ديناً مؤجلاً، والدين المؤجل لا يمنع السفر[١].

والثاني: حملهما على حالين: حيث[٢] جوّز أراد السفر[٣] القصير[٤]، وحيث منع أراد الطويل.

وقيل: حيث جوّز أراد ما إذا لم يحل النجم، وحيث منع أراد ما إذا حلّ.

فإن قلنا: يسافر بغير إذن، ففي المكاتب كتابة فاسدة وجهان:

أحدهما: أن له ذلك أيضاً؛ لاستقلاله بالكسب.

وأظهرهما: المنع؛ لأن تمكينه من الخروج عن ضبط السيد ونظره من غير عقد لازم، بعيد[٥].

والثانية: يجب على السيد فطرة المكاتب كتابة فاسدة، وهل يصرف إليه سهم الرقاب؟ فيه وجهان ـ عن حكاية القاضي الحسين رحمه الله ـ:

أحدهما: نعم؛ لأنها من الأكساب التي يتوصل بها إلى العتق، وهو مستقل بالاكتساب[٦].

وأصحهما ـ وهو المحكي عن النص ـ: لا؛ لأن هذه الكتابة غير لازمة، والقبض فيها غير موثوق به. وعلى هذا، فالمسألة مما يفارق فيها الكتابة الفاسدة الصحيحة. وكذا المسافرة، إذا منعناها في الفاسدة وجوّزناها في الصحيحة.

---

(١) انظر: «الوسيط» (٧/ ٥١٣)، و«التهذيب» (٨/ ٤٣٧)، و«الروضة» (١٢/ ٢٣٥).

(٢) في (ز): (فحيث).

(٣) في (ظ): (للسفر).

(٤) في (ظ): (القصر).

(٥) في (ي): (بعد).

(٦) في (ز): (بالأكساب).

قال:

(ويفارقُه في أمرَين:

أحدهما: أنه إذا أخذَ ما علَّقَ به الأداء، ردَّه ورَجَعَ إلى قيمةِ الرَّقبة؛ لفسادِ العِوض. والثاني: أنها لا تَلزمُ من جانبِ السَّيِّد، فله فسخُها، ومهما فَسَخَ أو قضى القاضي بردِّها لم يَعتِق بحُكمِ التَّعليقِ وإن أدّى؛ لأنه[1] كانَ تعليقاً في ضمنِ معاوضة. ولو أعتقَه عن كفّارتِه صحَّ وبَرِئَت ذمَّتُه وكانَ فاسِخاً للكتابةِ حتى لا يَتبعَه الكسب، بخلافِ الكتابةِ الصَّحيحة، فإنها تَمنعُ الإجزاءَ عن الكفّارة. ولو ماتَ السَّيِّدُ فأدّى إلى الوارث، لم يَعتِق؛ لأنه ليسَ القائلُ له: إن أدَّيت[2] فأنتَ حُرّ).

حق لفظ «الكتابة» تأنيث الكتابة، والتذكير[3] هاهنا.

وفي قوله من قبل: (ثم الفاسد يساوي الصحيح)، مردود إلى العقد أو نحوه.

وفقه[4] الفصل، مسائل:

إحداها: إذا أدّى العبد المسمى في الكتابة الفاسدة وحصل العتق، فيرجع على السيد بما أدّى؛ لأنه لم يملكه، ويرجع السيد عليه بقيمة رقبته؛ لأن فيها معنى المعاوضة، وقد تلف المعقود عليه بالعتق، فهو كما لو تلف المبيع بيعاً فاسداً في يد المشتري، يرجع على البائع بما أدّى، ويرجع البائع عليه بالقيمة، وكذا لو خالع على عوض فاسد، إلا أن

---

(١) في (أ): (فإنه).

(٢) في (أ): (إليّ).

(٣) في (أ): (التذكر).

(٤) (وفقه): هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: (وفي). والله أعلم.

الخلع لا مستدرك له، والكتابة تقبل الرفع وإن كانت صحيحة. والاعتبار بقيمة يوم العتق؛ فإنه يوم التلف.

وعن رواية ابن خيران رحمه الله قول: أنه يعتبر قيمة يوم العقد، كما في الكتابة الصحيحة، فإنا إذا احتجنا إلى قسمة العوض على العبيد[١]، يراعي قيمتهم يوم العقد. والظاهر المشهور: الأول.

وإنما اعتبرنا قيمة يوم العقد في الكتابة الصحيحة؛ لأنه وقت الحيلولة، وهاهنا تحصل الحيلولة بالعتق.

وإذا هلك المسمّى في يد السيد، رجع العتيق بمثله أو قيمته[٢]. فإن كان الواجب على السيد من جنس القيمة، بأن كان غالب نقد البلد، فهو على أقوال التقاص[٣]، وسيأتي ذكرها في الكتاب إن شاء الله تعالى. فإذا حصل التقاص وفضل[٤] لأحدهما شيء، رجع بالفاضل.

وما ذكرنا[٥] من التراجع فيما إذا كان المسمى مما له قيمة، فإن كان خمراً أو خنزيراً فلا يرجع العتيق على السيد بشيء، وهو يرجع على العتيق بقيمة رقبته.

الثانية: للسيد فسخ الكتابة الفاسدة؛ لأن المسمى فيها لا يسلم للسيد، فإنّ للعبد استرداده، بخلاف الكتابة الصحيحة[٦].

---

(١) في (ي): (العبد).

(٢) في (أ): (وقيمته).

(٣) التقاصّ: قال في «المصباح» (٢/ ٥٠٥): «وقاصصته مقاصة وقصاصاً من باب قاتل، إذا كان لك عليه دين مِثْلُ ما له عليك، فجعلت الدَّين في مقابلة الدَّين، مأخوذ من اقتصاص الأثر، ثم غلب استعمال القصاص».

(٤) في (أ) و(ز): (وحصل).

(٥) في (ز): (ذكر).

(٦) من قوله: «فإنا إذا احتجنا إلى قسمة العوض على العبيد» إلى هنا ليس في (ظ).

ثم إن شاء فسخ بنفسه، وإن شاء رفع الأمر إلى الحاكم حتى يحكم بإبطالها أو بفسخها. قال القاضي الروياني رحمه الله: وهو كما لو وجد المشتري بالمبيع عيباً، له أن يفسخ البيع بنفسه، وله أن يرفع الأمر إلى الحاكم حتى يفسخه، ولا يبطلها الحاكم من غير طلب السيد. ذكره في «التهذيب»[١].

ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب: (فله فسخها)، بالواو؛ لأن القاضي ابن كج ذكر أنّ ابن القطان رحمهما الله، حكى عن ابن سلمة رحمه الله وجهاً آخر: أنه لا سبيل إلى إبطال الكتابة الفاسدة بالقول؛ لأن العتق فيها يحصل بحكم التعليق، والتعليق[٢] لا يجوز إبطاله. والظاهر: الأول.

وإذا فسخها أو حكم الحاكم بإبطالها ثم أدّى المسمى، لم يعتق؛ ووجه بأنه وإن كان تعليقاً، فهو تعليق في ضمن معاوضة، وإنما عقد طالباً[٣] للعوض، فكأنه قال: «إن أديت كذا ـ في ضمن معاوضة ـ فأنت حر»، فإذا ارتفعت المعاوضة، ارتفع التعليق الذي يضمنه، وأنه[٤] قال: «إن أديت فأنت حرّ، ما لم أرجع»، فالعتق[٥] يتعلق بالأداء وعدم الرجوع، وقد بطلت إحدى الصفتين.

وليشهد السيد على الفسخ، فإن وجد أداء المسمّى واختلفا، فقال العبد: «أديته قبل أن فسخت»، وقال السيد: «بل بعده»، فالمصدق العبد؛ لأن الأصل عدم الفسخ، وعلى السيد البينة.

---

(١) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٤٢٨).

(٢) قوله: (التعليق) ليس في (ظ).

(٣) في (ز): (طلباً).

(٤) في (ز): «أو كأنه»، وفي المطبوع من كتاب «العزيز» (١٣/ ٤٨٢): «وكأنه». (م ع).

(٥) في (ز): (فالتعليق).

الثالثة[١]: إذا أعتق المكاتب كتابة فاسدة، عتق، لا عن جهة الكتابة، وكان إعتاقه فسخاً للكتابة. وليكن الحكم كذلك لو باعه أو وهبه. وعلى هذا، فلو أعتقه عن كفارته فيجزيه، وقد سبق ذكر هذا مرة في الكفارات[٢]، وحكاه الشيخ أبو علي رحمه الله عن نصّ الشافعي رضي الله عنه.

ثم قال: إذا عتق لا عن جهة الكتابة، لم يتبعه الكسب والولد، بخلاف الكتابة الصحيحة؛ لأن المكاتب هناك استحقّ العتق على السيد بعقد لازم، واستحقّ استتباع الأكساب والأولاد، فليس للسيد إبطاله، وهاهنا[٣] لا استحقاق[٤] على السيد، فجعل فاسخاً للكتابة. قال: وعرضت هذا على الشيخ القفال رحمه الله، فاستحسنه وأقرّني عليه، ولم ير غيره. وهذا ظاهر المذهب، والمذكور في الكتاب.

وليعلم مع ذلك قوله في الكتاب: (وبرئت ذمته)، وقوله: (وكان فاسخاً للكتابة)، وقوله: (حتى لا يتبعه الكسب)، كلها بالواو؛ لأنا ذكرنا في الكفارة: أن الإمام[٥] رحمه الله قال: إجزاؤه عن الكفارة مرتب على أنه إذا أعتقه السيد، هل يستتبع عتقه الأكساب والأولاد؟ وفيه خلاف محالٌ على هذا الباب.

فإن لم يستتبع، كان إعتاقه فسخاً وإجزاء عن الكفارة، وإلا ففي الإجزاء وجهان.

وقوله: (فإنها تمنع الإجزاء عن الكفارة)، يجوز أن يعلم بالحاء والألف؛ لما ذكرنا في الكفارات[٦].

---

(١) في (ي): (الثالث).

(٢) انظر: «الوجيز» (٢/ ٢٢٥)، وما سلف (١٥/ ٥٢٠).

(٣) في (ز): (الاستحقاق هاهنا).

(٤) في (أ): (الاستحقاق).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (١٤/ ٥٢٩-٥٣٠).

(٦) انظر: «الوجيز» (٢/ ٢٢٥)، وما سلف (١٥/ ٥٢٠)، وانظر: «الروضة» (١٢/ ١٣٥).

الرابعة: تبطل الكتابة الفاسدة بموت السيد، فلا يحصل العتق بالأداء إلى الوارث بعد الموت.

وعن أبي حنيفة[١] وأحمد[٢] رحمهما الله: أنه يحصل، كما في الكتابة الصحيحة.

لنا[٣]: أنها جائزة من الجانبين، فتبطل بالموت كالوكالة. وأيضاً: فإنا قد ذكرنا أنّ العتق فيها يحصل بحكم التعليق، فتبطل بالموت كسائر التعليقات.

نعم، لو قال: «إن أديت إلى ورثتي كذا بعد موتي، فأنت حرٌّ»، عتق بالأداء إليهم، كما لو قال: «إن دخلت الدار بعد موتي».

ولا يخفى أن الكتابة الفاسدة مفارقة للصحيحة في المسائل الأربع جميعاً، وقد نناقش لذلك في قوله في الكتاب: (ويفارقه في أمرين)، فإنه يفهم الحصر، وليس بين المسائل الثلاث الأخيرة ربط حتى تجعل أمراً، والتراجع المذكور أولاً أمراً[٤]. وأيضاً: فلا يجب الإيتاء في الكتابة الفاسدة، على ما سيأتي إن شاء الله تعالى.

وإذا كاتب جاريته كتابة فاسدة، وعجزت عن الأداء، فأرقّها أو فسخ الكتابة، لم يجب الاستبراء، بخلاف ما في الكتابة الصحيحة.

ولو عجّل النجوم في الكتابة الفاسدة، فهل يعتق كما في الكتابة[٥] الصحيحة، أو لا يعتق؛ لأن الصفة لم توجد على وجهها؟ فيه وجهان[٦].

هذا تمام الكلام في أركان الكتابة بتوابعه.

---

(١) انظر: «الهداية» (٣/ ٢٥٥).

(٢) انظر: «المغني» (١٤/ ٥٧٥-٥٧٦).

(٣) انظر: «الوسيط» (٧/ ٥١٦-٥١٧)، و«التهذيب» (٨/ ٤٢٩)، و«الروضة» (١٢/ ٢٣٥)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٢٣٣).

(٤) في (ي): (وإفراد الرابع المذكور أولًا إفراد).

(٥) قوله: (الكتابة) ليس في (ي) و(ظ) و(ز).

(٦) انظر: «الروضة» (١٢/ ٢٣٥) حيث قال فيها: «قلت: أصحهما الثاني. والله أعلم».

قال رحمه الله:

(النظرُ الثاني: في أحكامِها، وهي خمسة:

الأول: ما يَحصلُ به العِتق:

وفيه مسائل:

الأولى[1]: أنه يحَصلُ في الصَّحيحةِ بأداءِ النُّجومِ وبالإبراءِ وبالاعتياض، ولا[2] يحَصلُ بجُزءٍ من النُّجومِ جزءٌ من الحريّةِ حتى يؤدِّيَ الكلّ، ولو كاتَبَ عبدَينِ دفعةً واحدةً عتقَ أحدُهما بأداءِ نصيبِه قبلَ أداءِ الثّاني، ولو كاتبا عبداً لم يَعتِق نصيبُ أحدِهما ما لم يؤدِّ جميعَ النُّجومَ إليهما، إلا أن يكاتبَ واحدٌ ويُخلِّفَ ابنَين، فيَعتِقُ نصيبُ أحدِ الابنينِ بأداءِ نصيبِه).

قوله: (في أحكامها)، يرجع إلى الكتابة المستجمعة للأركان بشرائطها، وهي الصحيحة، هذا هو المعهود في ترتيب صاحب الكتاب في[3] المقدّمة[4]، وحينئذ فقوله: (في الصحيحة)، حيث قال: (يحصل في الصحيحة بأداء النجوم)، مستغنى عنه.

واعلم أنه جعل أحكام الكتابة الصحيحة خمسة أنواع، وأدرج فيها ما يحتاج إلى معرفته في هذا النظر.

---

(١) في (ظ): (ست: أحدها).

(٢) في (أ): (فلا).

(٣) قوله: (في) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

(٤) في (ز): (الأبواب المتقدّمة).

أحدها: أنّ العتق بم يحصل؟ ولا شك في حصوله بأداء النجوم بتمامها، وكذا بالإبراء عنها على قضية الإبراء عن الثمن والأجرة.

وأما قوله: (بالاعتياض)، فهذا قد أرسله إرسالاً، والمفهوم منه: أنه إذا أخذ عن النجوم عوضاً، حصل العتق؛ لبراءة الذمة عن النجوم.

لكن في جواز الاستبدال عن النجوم خلاف قد صرح به من بعد، وإنما يستمر ما أطلقه هنا على تجويز الاستبدال، وقد أجرى مثل هذا في خلال أحكام الكتابة الفاسدة.

وإذا جوزنا الحوالة بالنجوم أو عليها، فيحصل العتق بجريان الحوالة أيضاً، ولا يحصل بأداء بعض النجوم أو بالإبراء عن بعضها، عتق بعض العبد، بل يتوقف على أداء الكل أو الإبراء[1] عن الكل؛ لما روي عن عمرو بن شعيب[2] عن أبيه عن جده رضي الله عنهم: أن النبي ﷺ قال: «المكاتب عبدٌ ما بقي عليه درهم من كتابته»[3].

---

(١) في (أ): (والإبراء).

(٢) هو عمرو بن شعيب بن محمّد بن عبد الله بن عمرو بن العاص أبو إبراهيم، تابعي صدوق ثقة، حسن الحديث، توفي سنة ثمان عشرة بعد المائة. انظر ترجمته في: «تقريب التهذيب» (٢/ ٧٢)، و«شذرات الذّهب» (١/ ١٥٥).

(٣) الحديث قال عنه الحافظ ابن حجر في «التخليص» (٤/ ٢١٦): «حديث عمرو بن شُعيب عن أبيه عن جدّه: «المكاتب قِنّ ما بقي عليه من كتابته درهم»، أبو داود والنسائي والحاكم من طُرُق، رواه النسائي وابن حبان من وجهٍ آخر من حديث عطاء، عن عبد الله بن عمرو بن العاص، في حديث طويل، ولفظه: «ومن كان مكاتباً على مئة درهم فقضاها إلا أوقية، فهو عبد»، قال النسائي: هذا حديث منكر، وهو عندي خطأ. وقال ابن حزم: عطاء هذا هو الخرساني، ولم يسمع من عبد الله بن عمرو. وقال الشافعي في حديث عمرو بن شعيب: لا أعلم أحداً روى هذا إلا عمرو بن شعيب، ولم أر من رضيت من أهل العلم يثبته، وعلى هذا فتيا المفتين». اهـ. انظر: «أبو داود» (٣/ ٢٠)، الحديثين رقم (٣٩٢٦) و(٣٩٢٧) من كتاب العتق، باب في المكاتب يؤدّي بعض كتابته فيعجز أو يموت. والنسائي في «الكبرى» في العتق، =

ولو كاتب عبدين أو عبيداً دفعة واحدة، فقد ذكرنا خلافاً في صحة هذه الكتابة:

وإذا صححناها وهو الأظهر، فقد بينا أنه إذا أدّى بعضهم حصته عتق وإن لم يؤدِّ الآخر، وحكينا خلاف أبي حنيفة[1] ومالك[2] رحمهما الله فيه.

فليعلم قوله في الكتاب: (عتق أحدهما) بالحاء والميم، ويجوز أن يعلم بالواو أيضاً؛ لأن عتق أحدهما[3] بأداء نصيبه إنما يستمر على قولنا بصحة الكتاب.

فأما إذا حكمنا بفسادها، فقد مرّ هناك أن الأقيس أنه لا يعتق بعضهم بأداء حصته خاصة.

ولو كاتب اثنان عبداً[4] مشتركاً بينهما معاً، فينبغي أن يسوي بينهما في الأداء، ولا يعتق نصيب أحدهما بأداء نصيبه من النجوم، على ما سيأتي.

ولو كاتب إنسان عبداً ومات، وخلف ابنين فأدّى نصيب أحد الابنين بغير إذن الآخر، لم يعتق[5] نصيبه وإن أداه بالإذن، ففي عتق نصيبه خلاف، نشرحه من بعد إن شاء الله تعالى. والذي أطلقه هاهنا، جوابٌ على أحد القولين، وليعلم بالواو؛ لما سيأتي.

= كما في «تحفة الأشراف» (٦/ ٣١٩). و«الترمذي» (٢/ ٣٦٦) من البيوع، باب ما جاء في المكاتب إذا كان عنده ما يؤدّي، وقال: «حسن غريب». و«ابن ماجه» (٢/ ٨٤٢)، العتق، باب المكاتب. و«الحاكم» (٢/ ٢٣٧) وقال: «هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه». ووافقه الذّهبي على تصحيحه. انظر: «تحفة المحتاج» (٢/ ٦٠٢-٦٠٣).

(١) انظر: «الهداية» (٣/ ٢٦٥).

(٢) انظر: «مختصر خليل» ص٢٩٧، وانظر المسألة في «الوسيط» (٧/ ٥١٨)، و«التهذيب» (٨/ ٤٢٩)، و«الروضة» (١٢/ ٢٣٦).

(٣) في (أ): (أحدها).

(٤) في (أ): (عبيداً اثنان).

(٥) في (ز): (يبطل).

وقوله: (إلا أن يكاتب واحد ويخلف ابنين)، لا يخفى أنه ليس باستثناء محقق.

ولما ذكر أن العتق لا يتبعض بتبعض النجوم أداء أو إبراء، أشار بذكر هذه الصورة إلى أن ذلك فيما إذا اتحد المكاتب والمالك. فأما إذا تعدد المكاتب فقد يتبعض، وكذلك إذا تعدد[1] المالك، كما في مسألة الوارثين على رأي.

واعلم أن المسائل والصور المتعلقة بقاعدة واحدة، كثيراً ما وقعت متبددة في الكتاب في هذا الباب، وتولد من ذلك بعض التطويل والتكرار.

ولو وقعت مجموعة لكانت أقرب إلى الفهم والاختصار، وكتابة الشريكين العبد المشترك من هذا القبيل[2]، فتأمل صورها.

قال:

(الثانية: إذا جنَّ السَّيِّدُ وقَبضَ النَّجومَ لم يَعتِق حتى يُسلمَ إلى القَيّم، ولو تَلِفَ في يدِ السَّيدِ فلا ضمان؛ للتَّقصيرِ بالتَّسليمِ إليه، ولو جُنَّ فقَبضَ منه السَّيدُ عَتق؛ لأن فعلَه ليسَ بشرط، أما الكتابةُ الفاسدة، فتَنفسخُ بجنونِهما على وجه؛ لجوازِها، ولا تنفسخُ على وجه؛ لأن مصيرَها إلى اللُّزوم، وتَنفسخُ على وجهٍ بجنونِ المالكِ دونَ العبد؛ لأن الصَّحيحةَ أيضاً جائزةٌ في حقِّ العبد).

لا تنفسخ الكتابة بجنون السيد ولا بجنون العبد ولا بإغمائهما؛ لأن الكتابة

---

(١) قوله: (المكاتب فقد يتبعض وكذلك إذا تعدد) ليس في (ز).

(٢) قوله: (القبيل) ليس في (ز).

لازمة من أحد الطرفين فأشبهت الرهن. وإنما تنفسخ بالجنون، العقود الجائزة من الطرفين كالشركة والوكالة.

ثم إذا جنّ[١] السيد، فعلى المكاتب تسليم المال إلى قيّمه، فإن سلم إليه لم يعتق؛ لأن قبضه فاسد. ولو تلف في يده فلا ضمان؛ لتقصيره بالتسليم إليه.

ثم إن لم يكن في يد المكاتب شيء آخر يؤديه في الكتابة، فللقيم تعجيزه. ولو حجر عليه بالسفه، فهو كالمجنون[٢].

وإذا أدّى المكاتب إليه في حال الحجر، وعجّزه الولي، ثم رفع الحجر عنه، لم يلغ التعجيز. ومنهم من أثبت فيه قولين، كما سبق في المرتد إذا أخذ النجوم وعجّز الحاكم المكاتب ثم أسلم المرتد. والظاهر: الأول.

وفرق بينهما: بأن حجر السفيه أقوى، ألا ترى أن تصرفه لا ينفذ، وتصرف المرتد ينفذ في قول. وبأن الحجر على السفيه لحفظ ماله، فلو حُسِبَ عليه ما أخذه وأتلفه في حال الحجر، لم يحصل حفظ المال. والحجر على المرتد لرعاية حقّ المسلمين، فإذا عاد إلى الإسلام، فلا حق لهم في ماله، ولا يضرهم احتساب ما أخذه عليه.

وإذا جن العبد فأدّى في جنونه، أو أخذه السيد من غير أداء منه، يعتق، ووجه ذلك: بأن قبض النجوم مستحق، ولو أخذها المولى من غير إقباض من المكاتب وقع موقعه، وإذا كان الأمر بهذه المثابة، فبالأخذ تبرأ ذمته، وإذا بريء عتق. هذا هو المشهور المذكور في الكتاب[٣].

---

(١) في (ي) و(ظ): (كالوجهين)، وفي (ج): (كما لو جن).

(٢) في (ي) و(ظ): (كالوجهين)، وفي (ز): (كما لو جن).

(٣) انظر: «الوجيز» (٢/ ٢٨٦)، و«الوسيط» (٧/ ٥١٨)، و«الروضة» (١٢/ ٢٣٦).

وقال الإمام[١] رحمه الله: إن عسر وصول السيد إلى حقه إلا من جهة قبض ما يصادف، فله ذلك. وإن أمكنه مراجعة من ينصبه القاضي ناظراً للمكاتب، فلا وجه؛ لاستبداده بالقبض عندنا، ولو استبدّ لم يصح، وإذا لم يصح، فلو أقبض المجنون لم يكن لإقباضه حكم.

وفي خلال كلام الإمام[٢] رحمه الله: إثبات قول أو وجه، في أن الكتابة تنفسخ بجنون المكاتب، وقد تعرض له صاحب الكتاب من بعد[٣]، فإن ثبت ذلك، رُخّص في إعلام قوله هاهنا: (عتق) بالواو.

وهذا في الكتابة الصحيحة. وأما الفاسدة، فهل تبطل بجنونهما وإغمائهما؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: نعم؛ لجوازها من الطرفين، كالشركة والوكالة.

والثاني: لا؛ لأن المغلب فيها التعليق، والتعليق لا يبطل بالجنون، ويحكى هذا عن الشيخ أبي حامد رحمه الله، وهو الأصح عند الإمام[٤] قدّس الله روحه. ووجهه: بأنها وإن كانت جائزة، فمصيرها إلى اللزوم، كالبيع في زمان الخيار.

وأصحها ـ عند الأكثرين رحمهم الله، وهو ظاهر النص ـ: أنها تبطل بجنون السيد وإغمائه، وبالحجر عليه، ولا تبطل بجنون العبد وإغمائه[٥].

والفرق: أن الحظ في الكتابة للعبد لا للسيد؛ لما سبق أنها تبرع، فيؤثر اختلال

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٣٦٢).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٣٦٢-٣٦٣).

(٣) قوله: (من بعد) ليس في (ز).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٣٦٣).

(٥) قوله: (وبالحجر عليه ولا تبطل بجنون العبد وإغمائه) ليس في (ز).

عقل السيد، ولا يؤثر اختلال عقل العبد. وأيضاً: فإن العبد لا يتمكن من فسخ الكتابة ورفعها، صحيحة كانت أو فاسدة، وإنّما يعجّز نفسه، ثم السيد يفسخ إن شاء، وإذا لم يملك الفسخ لم يؤثر جنونه. وأيضاً: فإن الكتابة الصحيحة أيضاً جائزة في حقّ العبد، وجوازها لا يقتضي بطلانها بجنونه، فكذلك الكتابة الفاسدة.

فإن قلنا: إنها لا تبطل، فلو أفاق وأدّى المسمّى، عتق، وثبت التراجع. وبمثله أجابوا فيما إذا أخذ السيد في جنونه، وقالوا: ينصب الحاكم من يرجع له.

وينبغي أن يقال: لا يعتق هاهنا بأخذ السيد، وإن قلنا في الكتابة الصحيحة إنه يعتق؛ لأن المغلب هاهنا التعليق، والصفة المعلق عليها الأداء من العبد، ولم يوجد. وإذا قلنا: إنها تبطل، فلو أدّى المسمّى، ففي حصول العتق وجهان:

أظهرهما: أنه لا يحصل؛ لأن العتق بالتعليق في الكتابة الفاسدة يتبع الكتابة، فإذا ارتفعت ارتفع التعليق، كما لو فسخها السيد.

والثاني: يحصل؛ لوجود الصفة المعلق عليها، ويخالف ما لو فسخ السيد، فإن فسخه[١] رفع للتعليق[٢] من جهته. وعلى هذا قال الإمام[٣] رحمه الله: الوجه: القطع بأنه لا تراجع؛ لأن التراجع قضية الكتابة الفاسدة، وقد زالت وبقي التعليق المحض.

ومن أصحابنا من أثبت الرجوع على العبد بالقيمة، قال: ومساقه أن يتبعه الكسب، وهذا كالندم على الحكم بارتفاع الكتابة.

* * *

---

(١) في (أ): (فسخ).

(٢) في (أ): (التعليق).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٣٦٤).

قال:

(الثالثة: إذا كاتبا عبداً ثم أعتقَ أحدُهما نصيبَه، عتقَ وسرى في الحالِ على قول، وفي قولٍ آخر: لا يسري إلى أن يَرِقَّ نصيبُ الثاني بالعَجز. فإن قلنا: يسري في الحال، فتَنفسخُ الكتابةُ في محَلِّ السِّراية، أو ينتقلُ مكاتَباً ويَعتِقُ حتى يكونَ الولاءُ للشَّريكِ لا لمن سرى عليه؟ فيه وجهان، وقيل: إن كونَه مكاتباً يمنعُ السِّراية، ثم إبراءُ أحدِهما يجري مجرى إعتاقه في السِّراية، وكذا قَبضُ نصيبِ نفسِه برضا صاحبِه إن قضَينا بأنه يوجبُ العِتق، فيَسري، ولا نقول: هو مُجبرٌ على القَبول؛ لأنه اختارَ أصلَ[1] العقد. نعم، أحدُ الابنَينِ إذا قبضَ نصيبَه عَتق، ولم يَسر؛ لأنه مقهورٌ في القَبض، ولم يَصدُر العقدُ[2] منه[3]).

إذا كاتب الشريكان العبد المشترك معاً، ثم أعتق أحدهما نصيبه، عتق.

وهل يسري إلى نصيب الشريك إن كان موسراً؟ عن حكاية صاحب «التقريب» رحمه الله وجه أو قول مخرج: أنه لا يسري، وقد ذكرناه بتوجيهه في كتاب العتق، وهذا ما ذكره آخراً في الكتاب[4] فقال[5]: (وقيل: إن كونه مكاتباً يمنع السراية).

---

(١) قوله: (أصل) ليس في (أ).

(٢) في (أ): (العتق).

(٣) قوله: (منه) ليس في (أ).

(٤) قوله: (في الكتاب) ليس في (ز).

(٥) قوله: (فقال) ليس في (أ).

والمذهب المشهور: ثبوت أصل السراية. وفي وقتها، قولان:

أحدهما: أنها تثبت في الحال؛ لأنه قد عتق بعضه، والمقصود من شرع السّراية أن لا تتبعض الحرية.

وأظهرهما: أنها لا تثبت في الحال؛ لأنه قد انعقد سبب الحرية للنصيب الآخر، وقد يؤدّي ويعتق، ولأن العقد يتضرر به من حيث إنه ينقطع عنه الولد والكسب.

وعن أبي الطيب بن سلمة رحمه الله: القطع بالقول الثاني.

فإن قلنا بالسراية في الحال، فتنفسخ الكتابة في نصيب الشريك، أو يسري العتق إليه مع بقاء الكتابة؟ فيه وجهان:

أظهرهما ـ ولم يورد أكثرهم غِيره ـ: أنها تنفسخ؛ لأن الإعتاق أقوى من الكتابة. فعلى هذا، يعتق كله على الشريك المعتق، ويكون الولاء له.

والثاني: يسري العتق مع بقاء الكتابة؛ لئلا تتبعض الحرية، ولا يبطل حق الآخر. وعلى هذا، فولاء النصف الآخر للشريك، لا للذي أعتق نصيبه.

وإن قلنا: لا تثبت السراية في الحال، فإن أدّى نصيب الآخر من النجوم، عتق عن الكتابة، وكان[1] الولاء بينهما.

وإن عجز وعاد إلى الرق تثبت السراية حينئذ، ويكون الولاء كله للشريك المعتق، ويجيء الخلاف في أنها تثبت بنفس العجز، أو بأداء القيمة، أو يتبين بأداء القيمة حصول العتق من وقت العجز، ويجري هذا الخلاف على قولنا بثبوت السراية في الحال أيضاً.

---

(١) في (أ): (وقال).

وإن مات قبل الأداء والعجز، فقد مات بعضه حراً وبعضه رقيقاً، وهل يورث عنه؟ فيه الخلاف المذكور في الفرائض.

ولو أبرأ أحد الشريكين عن نصيبه من النجوم فهو كما لو أعتقه، والقول في السراية وفي وقتها، كما ذكرنا فيما لو أعتق أحدهما نصيبه.

ولو قبض أحدهما نصيبه من النجوم برضا صاحبه، فهل يعتق نصيبه؟ فيه خلاف نأتي بشرحه ـ إن شاء الله تعالى ـ في المسألة الخامسة من الحكم الثاني، فإن قلنا يعتق، فهو كالإعتاق[1] في السراية ووقتها.

قال الإمام[2] رحمه الله: ولا نقول إنه مجبر على القبض فلا يسري؛ لأنه مختار في إنشاء الكتابة التي اقتضت إجباره على القبض، فهو كما لو قال أحد الشريكين: «إذا طلعت الشمس فنصيبي منك حر»، فإذا طلعت، عتق نصيبه وسرى؛ لأنه مختار في التعليق.

نعم، إذا كاتب عبداً، ومات عن ابنين، فقبض أحدهما نصيبه، وقلنا إنه يعتق نصيبه ـ على ما سيأتي إن شاء الله تعالى ـ، فلا يسري؛ لأنه مجبر على القبض، وابتداء الكتابة لم يصدر منه.

ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب[3]: (عتق) بالواو، وكذا قوله: (ولم يسر)؛ لما سنذكر من بعد إن شاء الله تعالى.

---

(١) في (أ): (بالإعتاق).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٤١٦).

(٣) قوله: (في الكتاب) ليس في (ي) و(ز) و(ظ).

قال:

(فرع: لو ادّعى العبدُ على الشَّريكَينِ أنه وفّاهما النُّجوم، فصدَّقَ أحدُهما، عتق نصيبُ المصدِّق، ويجري الخلافُ في السِّرايةِ عليه؛ لأنه مختارٌ في التَّصديق).

إذا قال العبد لمالكيه وقد كاتباه: «قد وفيت عليكما النجوم»، فأنكرا، فهما المصدّقان باليمين. وإن صدّق أحدهما وكذّبه الآخر، عتق نصيبه المصدَّق، والمكذِّب مصدَّق بيمينه. وهل يسري العتق من نصيب المصدّق إلى نصيب المكذّب؟ فيه اختلاف[1] سيظهر في الفصل. والظاهر: المنع. والاختلاف في غير النجم الأخير، كالاختلاف فيه، إلا أن العتق لا يحصل بها سوى[2] النجم الأخير.

ولو قال المكاتب لأحدهما: «دفعت إليك جميع النجوم؛ لتأخذ نصيبك، وتدفع نصيب الآخر إليه»، فقال: «دفعت نصيبي، ودفعت نصيب الآخر إليه بنفسك»، وأنكر الآخر القبض، عتق نصيب المقرّ، وصدق في أنه لم يقبض نصيب الآخر باليمين، وصدّق الآخر في أنه لم يقبض نصيبه، ولا حاجة إلى اليمين؛ لأن المكاتب لا يدّعي عليه شيئاً.

ثم يتخيّر المنكر بين أن يأخذ حصته[3] من النجوم من العبد، وبين أن يأخذ من المقرّ نصف ما أخذ؛ لأن كسب المكاتب متعلِّق حقهما بالشركة، ويأخذ الباقي من العبد، ولا تقبل شهادة المقرّ عليه؛ لأنه متهمٌ بدفع الشركة عن نفسه، ولأن المكاتب لا يدعي عليه شيئاً.

---

(١) في (أ): (خلاف).

(٢) في (أ): (سرى).

(٣) في (ز): (من العبد حصّته).

وإذا عجز المكاتب عما طالبه المنكر به، فله تعجيزه وإرقاق نصيبه. ثم عن نصّه في «الإملاء»: أنه يقوّم ما أرقه على المقرّ. وروي أن ابن سلمة وابن خيران رحمهما الله نقلاه إلى الصورة السابقة، وجعلوا التقويم عند العجز في الصورتين على قولين.

ووجه المنع: بأنّ المقرّ لم ينشئ إعتاقاً، وإنما استوفى ما ثبت له بحكم الكتابة، فصار كما لو استوفى أحد ابني المكاتب حصته من النجوم، لا يقوَّم عليه نصيب أخيه.

والثاني: بأن العتق مضاف إليه، ألا ترى أنه ثبت له الولاء، وفي مسألة الابنين الولاء للمورث.

وامتنع الأكثرون رحمهم الله من نقله إلى تلك الصورة. وفرقوا: بأن العبد هناك يقول: «أنا حر كامل الحال»، فلا يستحق التقويم، وهاهنا يعترف بأن نصيب المنكر منه لم يعتق.

وفي «كتاب الصيدلاني» رحمه الله، طريقة قاطعة بالتقويم في الصورتين.

واعلم أن ما ذكرناه من أنه: هل يقوَّم ما رقّ عند العجز، يشبه أن يكون تفريعاً على أن السراية تثبت عند العجز، وأنا إذا أثبتنا السراية هاهنا فيجيء القول الآخر في أنها تثبت في الحال.

وقد أطلق الإمام[1] والمصنف رحمهما الله في مسألة الكتاب، قولين في أنه إذا عتقَ[2] نصيب المصدق، هل يسري العتق إلى نصيب المكذب؟ أحدهما: نعم؛ لأنه عتق نصيبه.

والثاني: لا؛ لأنه يقول: عتق النصيبان معاً، فلا معنى لإلزامه السراية.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٣٧٨).

(٢) في (أ): (أعتق).

وتمام التفريع على هذا الإيراد، أن يقال: إن قلنا: لا سراية، فذاك. وإن أثبتناها، فتثبت في الحال، أو عند العجز؟ فيه القولان.

وقوله في الكتاب: (ويجري الخلاف في السراية عليه؛ لأنه مختار في التصديق)، محمول على القولين اللذين أطلقهما الإمام[1] رحمه الله، على ما بينهُ في «الوسيط»[2].

لكن ذكر (الخلاف) «بالألف واللام» ليس بحسن الموقع؛ لأن الخلاف في أنه هل يسري[3]؟ لم يجر له ذكر حتى يعرّف «بالألف واللام»، ورده إلى ما ذكر من قبل: أنّ الكتابة هل تمنع السراية؟ بعيدٌ، وكان الأولى أن يقول: «وفي السراية عليه خلاف».

وقوله: (لأنه مختار في التصديق)، توجيه السراية، كأنه يقول: هو بالتصديق مختار للعتق، فأشبه ما إذا أعتق أو أبرأ عن النجوم.

ولو قال المكاتب لأحدهما: «دفعت النجوم إليك؛ لتأخذ نصيبك، وتدفع نصيب الآخر إليه» كما صورنا، فقال في الجواب: «قد فعلت ما أمرت به، وأنت عتيقٌ»، وأنكر الآخر القبض[4]، عتق نصيب المقِرّ، وصُدّق المنكر بيمينه.

فإذا حلف بقي نصيبه مكاتباً، وله الخيار بين أخذ حصته من المكاتب، وبين أخذه من المقرّ؛ لإقراره بأخذها[5]، ومن أيهما أخذ، عتق نصيبه. ثم إن أخذها من المكاتب، فله الرجوع على المقرّ؛ لأنه وإن صدقه في الدفع إلى الشريك، فإنه كان ينبغي

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٣٧٨).

(٢) انظر: «الوسيط» للغزالي (٧/ ٥١٩).

(٣) في (ز): (لم يسر).

(٤) قوله: (القبض) ليس في (ي).

(٥) في (أ): (بأخذهما).

أن يشهد عليه. وإن أخذها من المقر، فلا رجوع له على المكاتب؛ لاعترافه بأنه مظلوم.

وإذا[١] اختار الرجوع على المكاتب، فلم يأخذ حصته من المقِرّ، ولم[٢] يدفعها إلى المنكر، وعجّز نفسه، فنصفه حر، ونصفه رقيق، فيقوّم على المقرّ، فيأخذ المنكر منه قيمة النصف، ويأخذ أيضاً ما أقرّ بقبضه له، فإنه كسب النصف الذي كان ملكهُ. والله أعلم.

قال:

(الرّابعة[٣]: أحدُ[٤] الابنَين الوارثَين إذا أعتقَ[٥] نصيبَه، نفَذ، وسَرى على قولٍ إما في الحالِ وإما عندَ العَجز. وإن[٦] قلنا: لا يسري ورقُ النَّصيبِ[٧] الآخر، فهل يَتبيَّنُ انفساخُ الكتابةِ في النِّصف الذي عتقَ حتى يكونَ الولاءُ للمُعتقِ خاصّةً، أو نقول: لم تَنفسخ، والولاءُ في ذلك النِّصفِ مشتركٌ[٨] بينهما؟ فيه وجهان).

إذا كاتب عبداً ومات عن ابنين، فهما قائمان مقامه في أنهما إذا أعتقاه أو أبرآه عن النجوم عتق، وكذا لو استوفياها.

---

(١) في (ز): (فإذا).

(٢) في (ي) و(ظ): (فلم).

(٣) قوله: (الرابعة) ليس في (ز).

(٤) قوله: (أحد) ليس في (ظ).

(٥) في (أ): (عتق)، وفي (ظ): (عتق أحدهما).

(٦) في (أ): (فإن).

(٧) في (ي) و(ظ): (ورقّ النصف).

(٨) في (أ): (المشترك).

ولو أعتقه أحدهما، أو أعتق نصيبه، عتق نصيبه، وكذا لو أبرأه أحدهما عن نصيبه من النجوم.

وعند أبي حنيفة[١] والمزني[٢] رحمهما الله: لا يعتق نصيبه بالإبراء حتى يبرئه الآخر، ويستوفي نصيبه، كما لو كان الأب حياً، فأبرأه عن بعض النجوم.

وأجاب الأصحاب: بأن هناك لم يبرئه عن جميع ما له عليه[٣]، وأحد الابنين إذا أبرأه عن نصيبه من النجوم، فقد أبرأه عن جميع ما له عليه، فصار كما لو أبرأه أحد الشريكين عن نصيبه من النجوم.

وربما طرد خلاف أبي حنيفة رحمه الله في إعتاق أحدهما نصيبه.

والذي ذكرنا: أنه إذا أعتق نصيبه أو أبرأه عن نصيبه من النجوم، يعتق نصيبه.

هذا[٤] هو المشهور الذي أطلقه عامة الأصحاب[٥] رحمهم الله.

وقال صاحب «التهذيب»[٦]: قضية سياق «المختصر»[٧]، حصول قولين في عتق نصيبه:

أحدهما: العتق.

---

(١) انظر: «الهداية» (٣/ ٢٦٦).

(٢) انظر: «المختصر» ص٣٢٥، وانظر: «الوسيط» (٧/ ٥١٩)، و«الروضة» (١٢/ ٢٤١).

(٣) لفظة: (عليه) ليست في (أ).

(٤) قوله: (هذا) ليس في (ي) و(ز) و(ظ).

(٥) انظر: «الوسيط» (٧/ ٥١٩)، و«التهذيب» (٨/ ٤٣٤)، و«الروضة» (١٢/ ٢٤١)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٥٣٧).

(٦) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٤٣٥).

(٧) انظر: «التهذيب» (٨/ ٤٣٥)، و«المختصر» ص٣٢٥.

وأصحهما: المنع، بل يوقف، فإن[١] أدّى نصيب الآخر عتق كله والولاء للأب، وإن عجز فإن كان قد أعتق[٢] نصيبه، عتق الآن نصيبه.

ثم إن كان معسراً، فله ولاء ما عتق، والباقي قِنٌّ للآخر[٣]. وإن كان موسراً، قوِّم عليه الباقي، وبطلت كتابة الأب، وكان ولاء الكل له.

وإن أبرأه عن نصيبه من النجوم، فلا يعتق شيء منه بالعجز؛ لأن الكتابة تبطل بالعجز[٤]، والعتق في غير الكتابة لا يحصل بالإبراء.

ويجوز أن يعلم لما تبين قوله في الكتاب: (نفذ) بالحاء والواو.

وإذ أجرينا على المشهور وقلنا: يعتق نصّيبه، فإن كان الذي أعتق نصيبه، أو أبرأ معسراً، بقيت الكتابة في نصيب الآخر، فإن عجز عاد قناً، وإن أدّى وعتق فولاؤه للأب.

وأما ولاء نصيب الأول، فقد حكى القاضي ابن كج رحمه الله فيه وجهين[٥] في صورة الإعتاق:

أحدهما: أن الجواب كذلك، وهو الأصح.

والثاني: عن أبي الطيب ابن سلمة رحمه الله: أنه للابن؛ لقوله ﷺ: «إنما الولاء لمن أعتق»[٦]، ولأنه عتق بإعتاقه؛ لأن الأداء على موجب الكتابة.

وطريقين في صورة الإبراء:

---

(١) في (ظ): (وإن).

(٢) في (أ): (عتق).

(٣) قوله: (للآخر) ليس في (ز)، وفي (أ): (الآخر).

(٤) قوله: (لأن الكتابة تبطل بالعجز) ليس في (ظ).

(٥) من قوله: (وأما ولاء نصيب الأول) إلى هنا ليس في (ظ).

(٦) تقدم تخريج الحديث.

أحدهما: القطع بأنه للأب.

وأظهرهما: طرد الوجهين.

وإن كان موسراً، فهل يسري العتق إلى نصيب الشريك؟ إذا قلنا بالأصح، وهو أنَّ الكتابة لا تمنع السراية، فيه قولان:

أحدهما: نعم، ويحكى عن اختيار الشيخ أبي حامد رحمه الله؛ كما لو كاتب الشريكان العبد ثم أعتقه أحدهما.

وأصحهماـ ونقله المزني رحمه الله في «الجامع الكبير»[1]، ونصره في «المختصر»[2]ـ: لا؛ لأن الكتابة السابقة تقتضي حصول العتق حكماً لها، والميت لا يقوم عليه، وكان الابن يعتق عنه على سبيل النيابة.

وبني القولان على أن المكاتب هل يورث؟ إن قلنا: نعم، سرى. وإن قلنا: لا، فالعتق بحكم كتابة الأب، فلا سراية.

وعن القاضي الحسين رحمه الله، بناء هذا الخلاف على أنّ الدّين هل يمنع حصول ملك الورثة في أعيان التركة؟ لأن المكاتب مستحق الصرف إلى العتق، كما أنّ أعيان التركة مستحقة[3] الصرف إلى الدّين.

التفريع:

إن قلنا بالسراية، فتثبت السراية في الحال أو عند العجز؟ فيه قولان كما ذكرنا في الشريكين إذا أعتق أحدهما.

---

(١) «الجامع الكبير»: كتاب في الفقه للإمام الشافعي رحمه الله. انظر: «طبقات ابن هداية الله» ص٢٤٥.

(٢) انظر: «المختصر» ص٣٢٥، وانظر: «الوسيط» (٧/ ٥٢٠)، و«التهذيب» (٨/ ٤٣٦)، و«الروضة» (١٢/ ٢٤٢).

(٣) في (ي): (مستحقّ).

والأظهر الثاني، وهو اختيار أبي إسحاق رحمه الله.

وقوله في الكتاب: (إما في الحال أو عند العجز)، إشارة إلى هذين القولين، ويجوز أن يعلما بالواو؛ لأنه حكى هاهنا طريقتان[1] أخريان:

إحداهما: القطع بثبوت السراية في الحال.

والثانية: القطع بتأخرها إلى العجز؛ لأن أحد الوارثين ليس بمعتق حقيقة، وأحد الشريكين معتق حقيقة[2].

وإن قلنا بالسراية في الحال، فقد حكى الإمام[3] رحمه الله وجهين في انفساخ الكتابة فيما سرى العتق إليه، كما حكاهما في صورة الشريكين:

والذي أورده معظمهم رحمهم الله: الانفساخ فيه، وإثبات ولاية المعتق، وفي ولاء النصف وجهان:

أحدهما: أنه للمعتق خاصة؛ لأن نصيب الآخر بقي رقيقاً.

وأصحهما: أنه لهما؛ لأنه عتق بحكم كتابة الأب، ويثبت له الولاء فينتقل إليهما بالعصوبة.

وإذا قلنا: لا تنفسخ الكتابة فيما سرى إليه، فيكون ولاء الجميع للأب. وإن قلنا بأن السراية تثبت عند العجز: فإن أدى نصيب الابن الآخر، عتق كله وولاؤه للأب. وإن عجز، فطريقان:

أحدهما: أن الكتابة تبطل، ويكون ولاء الجميع له.

---

(١) في (أ): (طريقان).

(٢) قوله: (حقيقة) ليس في (أ).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٣٧١).

وأشبههما: أن ولاء ما سرى العتق إليه وقوِّم عليه، له. وفي ولاء النصف الأول الوجهان.

ومنهم من خصص الوجهين بصورة الإعتاق، وقطع في صورة الإبراء بأن ولاء النصف الأول للأب ينتقل إليهما.

أما إذا قلنا: إنه لا سراية، فنصيب الآخر مكاتب كما كان: فإن عتق[1] بأداء أو إعتاق[2] أو إبراء، فولاء الكل للأب. وإن عجز، بقي نصفه[3] رقيقاً.

وفي ولاء النصف الأول، أهو[4] للأول أو بينهما؟ فيه ما سبق من الوجهين، ورتبهما الإمام[5] رحمه الله على أن الكتابة إذا انفسخت في نصيب الثاني بالعجز، فهل تنفسخ في نصيب الأول؛ لأن الكتابة لا تقبل التبعيض؟ فيه وجهان، الأصح[6] المنع، ويحتمل التبعيض؛ لانقسام المكاتب بين الوارثين.

فإن[7] قلنا: تنفسخ، فولاء النصف الأول للمعتق. وإن قلنا: لا تنفسخ، فوجهان:

أحدهما: أن الجواب كذلك؛ لأنه يبعد أن يستوفي أحد الابنين حقه من الرقبة رقاً، ويشارك الآخر في الولاء.

---

(١) في (أ): (أعتق).

(٢) في (أ): (وإعتاق).

(٣) في (ظ): (ففي نصيبه).

(٤) في (ظ): (هو).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٣٧٤).

(٦) في (ي): (أصحهما).

(٧) في (أ): (إن)، وفي (ي): (وإن).

وأصحهما: أنّ الولاء للأب ويتلقيانه بالعصوبة، ويخرج ذلك على[1] أنّ من بعضه حرٌّ وبعضه رقيق يورث.

ولو قبض أحد الابنين[2] نصيبه من النجوم، فهذا على ما سيأتي ـ إن شاء الله تعالى[3] ـ في الشريكين إذا كاتبا: إن كان بغير إذن، فهو فاسد لا يحصل به العتق. وإن كان بإذن الآخر، فقولان: فإن صححناه، فقد قال الإمام[4]: لا سراية بلا خلاف؛ لأنه يجبر على القبض، ولا سراية حيث حصل العتق بلا اختيار. ألا ترى أنه إذا ورث بعض من يعتق عليه، عتق ذلك البعض ولم يسر. وهذا ما ذكره صاحب الكتاب في آخر المسألة الثالثة، فقال: (نعم أحد الابنين إذا قبض نصيبه عتق، ولم يسر).

وفي «التهذيب»[5]: أنا إذا جوزنا القبض بإذن الآخر، فالقول في عتق نصيبه وفي السراية، على ما ذكرنا فيما إذا أعتق نصيبه أو أبرأ عن نصيبه من النجوم بلا فرق.

ولمن ذهب إليه أن يمنع كونه مجبراً على القبض، ويقول[6]: هو بسبيل من الإعتاق والإبراء.

وبتقدير أن لا يعتق ولا يبرأ، فيشبه أن يقال: إنه[7] لا يجبر على الانفراد بالقبض، وإن جوزناه؛ لأنه لو عجز عن أداء نصيب الثاني لشاطره الثاني فيما أخذ، فله أن يمتنع عن قبض ما عسى الثاني يزاحمه فيه. والله أعلم.

---

(١) في (ج): (على ذلك).

(٢) في (ظ): (الشريكين).

(٣) من قوله: (الابنين نصيبه من النجوم) إلى هنا ليس في (ظ).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٣٧٦).

(٥) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٤٣٤).

(٦) في (أ): (قل)، وهو خطأ.

(٧) قوله: (إنه) ليس في (ي).

قال رحمه الله:

(فرع: لو خلَّفَ ابنَين وعبداً، فادّعى العبدُ كتابةَ المورِّثِ له[١]، فصدَّقَه أحدُهما وكذَّبَه الآخر، وحَلف، فنَصيبُ المُصدَّقِ مكاتبٌ، فإن[٢] أعتقَه سرى إلى الباقي ولم يُخرَّج على الخلاف؛ لأنه رقيقٌ بقولِ الشريك، وإن أبرأ لم يَسر؛ لأن الشَّريك يقول: إبراؤه[٣] لاغٍ؛ إذْ لا كتابة[٤]، وإن[٥] عتقَ بأداءِ النُّجومِ لم يسر؛ لأنه مقهورٌ على العتق).

خلف ابنين وعبداً، فادعى العبد: «أن أباهما كاتبه»، فإن كذباه فهما المصدقان باليمين، ويكون حلفهما على «نفي العلم بكتابة الأب»: فإن حلفا فذاك، وإن نكلا وحلف العبد اليمين المردودة، تثبت الكتابة. وإن حلف أحدهما دون الآخر، ثبت الرق في نصيب الحالف، وترد اليمين في نصيب الناكل.

وإذا أراد[٦] إقامة البينة، احتاج إلى إقامة عدلين؛ لأن مقصود الكتابة العتق دون المال. وإن صدّقاه أو قامت البينة، فالحكم كما[٧] مرّ في الفصل السابق[٨]. وإن صدّقه أحدهما وكذبه الآخر، فالمكذب مصدّق بيمينه[٩].

---

(١) قوله: (له) ليس في (أ).
(٢) في (أ): (وإن).
(٣) في (ي): (الإبراء).
(٤) في (أ): (إذا الكتابة).
(٥) في (أ): (وإذا).
(٦) في (ز): (أراد العبد).
(٧) قوله: (كما) ليس في (ظ)، وفي (ز): (ما).
(٨) انظر: «الوجيز» (٢/ ٢٨٧).
(٩) انظر: «الوسيط» (٧/ ٥٢٠)، و«التهذيب» (٨/ ٤٣٥)، و«الروضة» (١٢/ ٢٤١).

وأما نصيب المصدّق، ففي «كتاب القاضي ابن كج»: أن بعضهم خرج قولاً: أنه لا تثبت الكتابة فيه؛ لأن الكتابة لا تتبعض، فالصحيح المشهور ثبوتها، وهذا التبعيض لضرورة أدت إليه، بخلاف التبعيض في الابتداء، وأطلقوا القول بقبول شهادة المصدّق على المكذّب. وقال الإمام[١] رحمه الله: إنه يثبت بشهادته لنفسه حقوقاً في الكتابة؛ إذ النجوم موروثة، فقبول شهادته[٢] بعقدٍ عوضه للشاهد[٣] محالٌ، فإن فرضت شهادته بعد الإبراء عن النجوم، فله أغراض في السراية، فإن نفينا السراية اتجه القبول.

وإذا وقع الحكم بأن[٤] نصيب المصدق مكاتب، ونصيب الآخر قِنٌّ، فنصف الكسب له يصرفه إلى جهة النجوم، ونصفه للمكذّب[٥].

وإن اتفقا على مهايأة؛ ليكتسب يوماً لنفسه، ويوماً للمكذب أو يخدمه، جاز، ولا إجبار عليهما[٦] على الأظهر، خلافاً[٧] لأبي حنيفة[٨] رحمه الله.

ولا تقدير للنوبتين في المهايأة.

وفي «كتاب القاضي ابن كج» رحمه الله: أنه تجوز المهايأة يومين يومين وثلاثة ثلاثة، فإن زادت كسنة وسنةٍ، ففي الجواز وجهان.

وإذا أدّى النجوم وفضل شيء مما اكتسب لنفسه، فهو له.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٣٧٨).

(٢) في (ظ): (الشّهادة).

(٣) في (ظ): (للمشاهد).

(٤) في (أ): (فإن).

(٥) في (أ): (المكذّب).

(٦) في (ي) و(ز) و(ظ): (عليها).

(٧) انظر: «التهذيب» (٨/ ٤٣٦)، و«الروضة» (١٢/ ٢٤٢).

(٨) انظر: «الهداية» (٣/ ٢٦٦).

ثم إن أعتق المصدق نصيب نفسه، عتق. وهل يسري؟ فيه طريقان:

قال أكثرهم: في السراية قولان كما لو صدقاه معاً، إلا أنا إذا قلنا بالسراية، فهاهنا تثبت السراية في الحال، ولا يجيء القول الآخر؛ لأن صاحبه منكر للكتابة فلا يمكن التوقف إلى العجز.

وقال بعضهم ـ وهو المذكور في الكتاب[١] ـ: تثبت السراية بلا خلاف في الحال[٢]؛ لأن منكر الكتابة يقول: إنه رقيق لهما، فإذا أعتق صاحبه نصيبه ثبتت السراية بقوله. فإن قلنا: لا سراية، فولاء ما عتق يكون بينهما أو ينفرد به المصدق؟ فيه وجهان:

وجه **الأول**: أنه عتقَ بحكم كتابة الأب.

ووجه **الثاني** ـ وهو الأشبه ـ: أن المنكر أبطل حقه بالإنكار، فيسلم[٣] للمصدق النصف، كما لو ادّعى وارثان ديناً، وأقاما شاهداً، وحلف أحدهما معه ولم يحلف الآخر، يأخذ الحالف نصفه ويسلم له.

فإذا جعلناه بينهما، فلو مات هذا العبد ونصفه رقيق، وقلنا: إن مثله يورث، فتوقف حصة المنكر. وإن قلنا بالسراية، فولاء النصف الذي سرى العتق إليه للمعتق، وفي ولاء النصف الأول الوجهان.

ولو أبرأه المصدّق عن نصيبه من النجوم، فالظاهر أنه لا سراية؛ لأن منكر الكتابة لا يعترف بعتق[٤] نصيبه، ويعد الإبراء لغواً. قال الإمام[٥]: ويجيء مع هذا، الخلاف في

---

(١) انظر: «الوجيز» (٢/ ٢٨٧).

(٢) من قوله: (ولا يجيء القول الآخر) إلى هنا ليس في (ي).

(٣) في (أ): (ويسلم).

(٤) في (أ): (عتق).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٣٧٧-٣٧٨).

السراية؛ لأن قول المصدّق مقبول في نصيبه، فإذا أتى بما يقتضي العتق، فالسراية بعده قهرية لا ترتبط[1] بالرضا.

وإن أدّى نصيب المصدق من النجوم، فلا سراية. قال الإمام[2] وصاحب الكتاب رحمهما الله: لأنه مجبر على القبول، لا محيص له عنه. وقال غيرهما: لأنه عتق بحكم كتابة الأب، ولا سراية على الميت، فصار كما لو أقرّ أحد الابنين «بأن أباهما أعتق هذا العبد»، وأنكر الآخر، يعتق نصيب المقرّ ولا يسري.

وولاء ما عتق بالأداء، بينهما، أو للمصدق خاصة؟ فيه الوجهان.

ولو عجّزه المصدق، عاد[3] قِناً، والكسب الذي في يده يكون للمصدق؛ لأن المكذب قد أخذ حصته. فلو اختلفا في شيء من أكسابه، فقال المصدق: «اكتسبته بعد الكتابة، وقد أخذت نصيبك، فهو لي»، وقال المكذب: «بل قبلها وكان للأب، فهو بيننا»، فالمصدق المصدق؛ لأن الأصل أنه لم يكتسب قبل الكتابة.

* * *

(١) في (أ): (لا تربط).
(٢) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٣٧٧).
(٣) في (ز): (صار).

قال:

(الخامسة: إذا قَبضَ النُّجومَ فوجدَها ناقصةً، فله ردُّها وردُّ العتق؛ إذْ تبيَّنَ أنه لم يَحصُل، أو حَصَلَ حصولاً غيرَ مستقرٍّ بحسبِ العِوَض، فإن رضي استمرَّ العتق، ولكن من حين الرِّضا، أو من حينِ القَبض؟ فيه وجهان. ولو اطَّلَعَ على النُّقصانِ بعدَ تلفِ النُّجوم، جازَ له ردُّ العتقِ إلى أن يُسلِّمَ الأرش، فإن عجزَ كانَ له الإرقاق، والفَسخُ كالعَجزِ ببعضِ النُّجوم).

نذكر في ابتداء المسألة أصلين:

أحدهما: أن العوض في الكتابة لا يكون إلا ديناً في الذمة، ويجوز أن يكون نقداً، وأن يكون عوضاً موصوفاً.

والثاني: مستحقّ الدين في ذمة الغير إذا استوفاه فلم يجده على الصفة المشروطة، فله رده وطلب ما استحقه، ولا يرتفع العقد.

ثم إن كان المقبوض من غير جنس حقه، لم يملكه إلا أن يعتاض حيث يجوز الاعتياض. وإن اطلع على عيب به، فينظر: إن رضي به، فهل نقول ملكه بالرضا، أو نقول ملكه بالقبض وتأكد الملك بالرضا؟ فيه قولان.

وإن ردّه، فهل نقول ملكه بالقبض ثم انتقض الملك بالرد، أو نقول: إذا ردّ تبين أنه لم يملكه؟ فيه قولان.

ويبنى على هذا الخلاف، مسائل لعلها قد سبقت:

منها: أن عقد الصّرف إذا ورد على موصوف في الذمة وجرى[1] التقابض

(١) في (ي): (ثم جرى).

وتفرقا، ثم وجد أحدهما بما قبض عيباً، وردّه: فإن قلنا: إنه ملك بالقبض، صحّ العقد. وإن قلنا: تبين بأنه لم يملك، فالعقد فاسدٌ؛ لأنهما تفرقا قبل التقابض.

ومنها مسألة: إذا أسلم في جارية وقبض جارية فوجد بها عيباً، وردّها، فهل على المسلم[1] إليه استبراء هذه الجارية؟ يبنى على هذا الخلاف.

ومنها: قال الإمام[2]: الموصوف المقبوض إذا وجد معيباً: فإن قلنا: إنه يملكه بالرضا، فلا شك أن الردّ ليس على الفور، والملك موقوف على الرّضا. وإن قلنا: يحصل الملك عند القبض، فيجوز أن يقال: الردّ على الفور، كما في شراء الأعيان. والأوجه: المنع؛ لأنه ليس معقوداً عليه، وإنما يثبت الفور فيما يؤدي ردّه إلى رفع العقد، إبقاءً للعقد.

إذا عرف ذلك، فإذا وجد السيد ببعض النجوم المقبوضة أو جميعها عيباً، فله الخيار بين أن يرضى به، وبين أن يردّه ويطالب ببدله، ولا فرق بين العيب اليسير والفاحش، خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله في اليسير[3].

فإن كان العيب في النجم الأخير الذي يتعلق به العتق، فإما أن يرضى[4] به، أو يريد الرد: فإن رضي به، فالعتق نافذ لا محالة، ويجعل رضاه بالمعيب كالإبراء عن بعض الحق.

ولكن يـحصل العتق عند الرضا، أو نقول[5]: حصل من وقت القبض؟ فيه وجهان، ويشبه أن يرجح الثاني، وبه قال أبو إسحاق وصاحب «التقريب» وغيرهما.

---

(١) في (ز): (للمسلم).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٣٩٤-٣٩٥).

(٣) انظر: «الهداية» (٢/ ٢٥٦).

(٤) في (أ): (رضي).

(٥) في (أ): (يقول).

وإن أراد الرد والاستبدال: فإن قلنا: يتبين بالردّ أنّ الملك لم يحصل بالقبض، فالعتق غير حاصل، فإن أدّى على الصفة المستحقة بعد ذلك فحينئذ يحصل العتق. وإن قلنا: يحصل الملك في المقبوض، وبالرد يرتفع، فوجهان:

أحدهما[١]: أن العتق كان حاصلًا، إلا أنه كان بصفة الجواز، فإذا ردّ العوض ارتدّ.

وأصحهما: أنه يتبين أن العتق لم يحصل؛ إذْ ليس العتق من التصرفات التي يتطرق النقص[٢] إليها، فلو حصل لما ارتفع، ولا يثبت العتق بصفة اللزوم باتفاق الأصحاب.

وعن أحمد رحمه الله[٣]: أنه يثبت، ولا يبطل العتق بردّ العوض.

واحتجّ الأصحاب رحمهم الله: بأن الكتابة عقد معاوضة يلحقه الفسخ بالتراضي، فوجب أن يفسخ بالعيب كالبيع.

ولو تلف عند السيد ما قبضه، ثم عرف أنه كان معيباً، فقد قدم الإمام[٤] عليه: أنه إن اتفق ذلك في عين[٥]، فإن رضي، فالذي يدل عليه فحوى كلام الأئمة رحمهم الله: أن الرضا كافٍ، ولا حاجة إلى إنشاء إبراء. ووجهه: أن الأرش كالعوض عن حق الرد، والرد يكفي في سقوطه الرّضا، فكذا الأرش، فإن طلبه تقرر، ولم يسقط إلا بالإسقاط.

---

(١) انظر: «الوسيط» (٧/ ٥٢١)، و«الروضة» (١٢/ ٢٤٦).

(٢) في (أ): (النقض).

(٣) انظر: «المغني» (١٤/ ٥١٤).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٣٩٦).

(٥) في (ز): (في عين اشتراها).

وأما النجوم، فإن رضي فالعتق نافذ، ويعود الوجهان في أنه يحصل عند الرضا، أو يستند إلى القبض؟ وإن طلب الأرش تبين أن العتق لم يحصل، فإذا أدّى الأرش حصل حينئذ، وإن عجز فللسيد إرقاقه كما لو عجز ببعض النجوم.

ويجيء الوجه الآخر، وهو: أنه يرتفع العقد بعد حصوله.

ويوافقه لفظ صاحب[١] «الشامل» حيث قال: ويعود حكم الرق في العبد حتى يؤديه. والأول هو المذكور في «الوسيط»[٢].

وقوله في الكتاب هاهنا: (جاز له ردّ العتق إلى أن يسلم الأرش)، محمول عليه، وتأويله: أن له أن يتوسل إلى الحكم بانتفائه أصلاً، أو ما أشبه ذلك.

وما الأرش؟ فيه وجهان:

أحدهما: ما ينتقص من قيمة رقبة العبد بحسب نقصان العيب من قيمة النجوم، على ما هو قياس المعاوضات. وهذا ما أورده أبو الفرج السرخسي رحمه الله.

والثاني: ما ينتقص من النجوم المقبوضة بسبب العيب. ووجه: بأن المقبوض عن الملتزم في الذمة ليس ركناً في العقد، ولذلك لا يرتد العقد برده، فلا يسترد في مقابلة نقصانه جزءٌ من المعوض، كما لا يسترد المعوض إذا كان باقياً فيرد بالعيب. وهذا ما نقل القاضي الروياني رحمه الله رجحانه.

وأجري الوجهان في كلّ عقد ورد على موصوف في الذمّة. قال الإمام[٣]: وأمثل منهما أن يقال: يُغرم السيد ما قبض، ويطالب بالمسمّى بالصفات المشروطة.

---

(١) قوله: (صاحب) ليس في (أ).

(٢) انظر: «الوسيط» للغزالي (٧/ ٥٢١).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٣٩٧).

وقوله في الكتاب: (فوجدها ناقصة)، يريد به النقصان بالعيب.

فأما إذا ظهر نقصان في الكيل والوزن، فالعتق غير حاصل بلا خلاف، سواء بقي المقبوض في يد السيد، أو تلف، فإن رضي بالناقص، فيعتق حينئذ بالإبراء عن الباقي.

وقوله: (ورد العتق)، يريد رفع الحكم بالعتق أو غيره، كما ينتظم على قولنا: إنه ما حصل العتق، وعلى قولنا: إنه حصل ثم[1] ارتفع، ألا تراه قال أنه[2]: (إذ تبين أنه لم يحصل، أو حصل حصولاً غير مستقرّ[3]، بحسب العوض)، أي حصل غير لازم موقوفاً حاله على تبيُّن حال العوض سلامةً وتعيباً.

* * *

---

(١) قوله: (ثم) ليس في (ز)، وفي (أ): (أعتقت).

(٢) قوله: (أنه) ليس في (أ) و(ي).

(٣) في (ز): (مستيقن).

قال:

(السّادسة: إذا خرجَت[١] النُّجومُ مُستحَقّةً[٢] تبيَّن أن لا عتق، فلو قالَ له عندَ القبض: اذهَب فأنت حرٌّ، أو عتقتَ[٣]، فالصَّحيح أنه لا يُؤاخذُ به، كما أن للمُشتري الرُّجوعَ بالثَّمنِ على الصَّحيحِ إذا خَرجَ المبيعُ مُستحَقّاً، وإن كانَ قد ادَّعى الملكَ للبائع؛ لأن قولَه كانَ بناءً على الظاهر، ويلزمُ على هذا أنّ من أقرَّ بالطَّلاق، ثم قال: كنتُ أطلقتُ لفظةً ظننتُها طلاقاً، ثم راجَعتُ المفتي فأخبرَني بأنه لا يَنفُذ، أنه يُقبل، وقد قيلَ به، وكذا في العتق).

إذا خرج بعض النجوم أو جميعها[٤] مستحقاً تبين أنه لا عتق بموت؛ لأن الأداء لم يصح. وإن ظهر الاستحقاق بعد موت المكاتب، بانَ أنه مات رقيقاً، وأن ما تركه للسيد دون الورثة.

ولو قال السيد عند الأخذ: «اذهب فأنت حرٌّ» أو «فقد عتقت»، ثم تبين الاستحقاق، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يحكم بالحرية؛ مؤاخذة له بإقراره.

---

(١) في (أ) و(ي) و(ظ): (خرج).

(٢) في (أ) و(ظ): (مستحقاً).

(٣) قوله: (عتقت) ليس في (ز)، وفي (أ): (أعتقت).

(٤) في (أ): (جميعه).

وأصحهما ـ وقد نصّ عليه[(١)] ـ: أنه لا يؤاخذ به، ويحمل قوله على ظاهر الحال وهو صحة الأداء.

والوجهان كالوجهين فيما إذا خرج المبيع مستحقاً، وكان قد قال في مخاصمة المدعي: «إنه كان ملكاً لفلان إلى أن ابتعته منه»، أنه: هل يرجع بالثمن على بائعه؟

واقتصر صاحب «التهذيب»[(٢)] على إيراد الوجه الأصح في المسألتين.

ثم قال: ولو اختلفا، فقال المكاتب: «أعتقتني بقولك: أنت حرٌّ»، وقال السيد: «أردت أنك حرٌّ بما أديت»، وبان أنه لم يصح الأداء، فالقول قول السيد مع يمينه[(٣)].

وهذا السياق يدل على أن مطلق كلام السيد محمول على أنه حرٌّ بما أدى، وإن لم يخبر عن إرادته.

وذكر الصيدلاني رحمه الله: أنّ قياس تصديق السيد في المسألة، أنه لو قيل لرجل: «طلقت امرأتك؟»، فقال: «نعم طلقتها»، ثم قال: «إنما قلت ذلك على ظن أن اللفظ الذي جرى بيننا طلاق، ثم راجعت المفتين فقالوا: لا يقع بها شيء»، وقالت المرأة: «بل أردت إنشاء الطلاق» أو «الإقرار بطلاق آخر»، أنه يقبل قوله مع يمينه. وكذا الحكم في مثله في العتق. وهذا قد ذكره[(٤)] غيره، ونقله القاضي الروياني ولم يعترض عليه.

لكن قال الإمام[(٥)]: هذا عندي وهمٌ وغلطٌ، فإنّ الإقرار جرى بصريح الطلاق، فقبول قوله بناء على ما يدعيه، ويتعارض فيه صِدقه، وكذبه محالٌ.

---

(١) انظر: «الأم» (٨/ ٧٧)، وانظر: «الوسيط» (٧/ ٥٢١)، و«الروضة» (١٢/ ٢٤٧).

(٢) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٤٣٠).

(٣) انظر: «التهذيب» للبغوي (٨/ ٤٣٠).

(٤) في (أ): (وهذا مذكور قد ذكره).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٤٠١).

ولو فتح هذا الباب، لما استقرّ إقرار المقرّ به، وليس ذلك كإطلاق لفظ الحرية على أثر قبض النجوم، فإنه محمول على الإخبار عما يقتضيه القبض. وفي مسألة الطلاق، لم توجد الإشارة إلى واقعة ولفظة، وإنما وجد سؤال مطلق، وجواب مطلق.

واعلم أن في كلام الإمام[(١)] إشعاراً[(٢)] بأن قوله: «أنت حرٌّ»، إنما يقبل تنزيله على الحرية بموجب القبض إذا رتبه على القبض، كما صور في الكتاب، فقال: (فلو[(٣)] قال له عند القبض: اذهب فأنت حر).

وإن في مسألة الطلاق ـ لو وجدت ـ قرينة عند الإقرار، بأن كانا يتخاصمان في لفظة أطلقها، فقال ذلك، ثم أبدى التأويل المذكور، يقبل أيضاً، فإن في الصورتين لو انفصل قوله عن القرائن، لم يقبل التأويل. وهذا تفصيل[(٤)] قويم لا بأس بالأخذ به.

لكن قال في «الوسيط»[(٥)]: لا فرق بين أن يكون قوله[(٦)]: «أنت حرٌّ» جواباً عن سؤال حريته أو ابتداء، وبين أن يكون متصلاً بقبض النجوم أو غير متصل؛ لشمول العذر، ومال لذلك[(٧)] إلى قبول التأويل في الإقرار بالطلاق وغيره.

* * *

(١) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٤٠١).
(٢) في (أ): (إشارتان).
(٣) في (أ): (ولو).
(٤) في (ي): (التفصيل).
(٥) انظر: «الوسيط» للغزالي (٧/ ٥٢٢).
(٦) قوله: (أن يكون قوله) ليس في (أ) و(ي).
(٧) (ومال لذلك): هكذا في جميع النسخ، وكذلك في «الروضة» (١٢/ ٢٤٨).

قال رحمه الله:

(الحكمُ الثاني: حكمُ الأداء:

وفيه سبعُ مسائل:

الأولى: أنه يَجبُ الإيتاءُ بحطِّ شيءٍ من النُّجوم، أو بذلِ شيءٍ من النُّجوم، ولا يَجبُ في الكتابةِ الفاسدةِ على الأظهَر، ولا يَجبُ في الإعتاقِ بعِوَض، ولا في بيعِ العبدِ من نفسِه، ولا في الإعتاقِ مجاناً. وفي وجوبِ تقديمِه على وقتِ العتقِ وجهان، ويكفي أقلُّ ما يُتَموَّل، وقيل: بل ما يليقُ بالحالِ إلا أن يموتَ[1] قبلَ الإيتاء، فتكونَ الزِّيادةُ في التَّركةِ كوصيّةٍ يُضارِبُ بها[2] الوصايا لا كدَين، ولو بَقي من النُّجومِ قدرٌ[3] لا يُقبلُ في الإيتاءِ أقلَّ منه إذا قُلنا يَجبُ أكثر مما[4] يتموّل، فليسَ للسَّيدِ تعجيُزه، ولا يَحصلُ التَّقاصّ؛ لأنّ الإيتاءَ يجوزُ من غيرِ مالِ الكتابة، ولكن ينبغي أن يكونَ من جنسِه، فلو عدلَ إلى غيرِ جنسِه، ففيه وجه: أنه لا يجوزُ تعبداً، كما في الزَّكاة).

يجب على السيد إيتاء المكاتب؛ لقوله تعالى: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ [النور: ٣٣].

---

(١) في (أ) و(ي): (إلا أن يكون قد مات).

(٢) في (أ): (به)، وفي (ي): (مع)، وهو خطأ.

(٣) في (أ): (إلا).

(٤) في (أ): (ما).

وذهب أبو حنيفة[١] ومالك[٢]: إلى أن الإيتاء مستحب، وليس بواجب[٣]، واختاره القاضي الروياني رحمه الله في «الحلية».

والإيتاء: بأن يحط عنه شيئاً من النجوم، أو يبذل شيئاً ويأخذ النجوم. أما الثاني: فظاهر؛ فإن البذل إيتاء، وهو المأمور به في الآية. وأما الحطّ، فقد روي ذلك عن الصحابة رضي الله عنهم قولاً وفعلاً، منهم: علي وابن عمر رضي الله عنهم.

وحكي خلافٌ عن الأصحاب رحمهم الله: في أنّ الأصل في الإيتاء: البذل، والحطُّ بدلٌ عنه، أو الأمر بالعكس. وجه **الأول**: أن ظاهر الآية يشعر به.

ووجه **الثاني**: أن المقصود إعانته ليعتق، والإعانة في الحط محققة، وفي البذل موهومة، فإنه قد ينفق المال في جهة أخرى. وهذا أظهر، ويحكى عن نصه رضي الله عنه في «الأم»[٤]، ولذلك نقول: الحطُّ أولى من البذل.

ثم في الإيتاء مسائل:

إحداها: في محل الإيتاء[٥]، وهو الكتابة الصحيحة. وفي وجوبه في الفاسدة، وجهان:

أظهرهما: المنع، وبناهما بعضهم على أنّ الأصل الحطّ أو البذل: إن قلنا بالأول، لم يجب؛ فإن النجوم غير ثابتة فيها حتى يجب الحطّ، وإذا لم يثبت الأصل لم يثبت البدل،

---

(١) انظر: «الهداية» (٣/ ٢٥٣).

(٢) انظر: «مختصر خليل» ص٢٩٦.

(٣) انظر: «الحاوي» (٢٢/ ١٦٣)، و«المهذب» (٢/ ١٨)، و«الوسيط» (٧/ ٥٢٢)، «الروضة» (١٢/ ٢٤٩)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٥٢١).

(٤) انظر: «الأم» للشافعي (٨/ ٣٥-٣٦).

(٥) انظر: «الوسيط» (٧/ ٥٢٣)، و«الروضة» (١٢/ ٢٤٩)، و«نهاية المحتاج» (٨/ ٣٨٦).

وهو البذل. وإن قلنا: الأصل البذل، فلا يمنع إيجاب شيء على السيد؛ تشبيهاً للكتابة الفاسدة بالصحيحة، كما شابهتها في حصول العتق وغيره.

وإذا أوجبنا فيها الإيتاء، فمن قضاياها: استحقاق السيد قيمة الرقبة، فلو حطّ شيئاً منها عن جهة الإيتاء، كفى.

ومن أعتق عبده على عوض، أو باعه من نفسه: فلا إيتاء عليه في ظاهر المذهب، وهو المذكور في الكتاب.

وعن رواية الشيخ أبي محمّد وجه: أنه يجب الإيتاء في كلّ عقدٍ عتاقه على عوض.

ولا خلاف في أنه لا يجب في الإعتاق بغير عوض.

والثانية: في وقته، ومتى يجب؟ فيه وجهان:

أحدهما: بعد العتق؛ ليكون بلغة له، كما تجب المتعة بعد الطلاق.

وأصحهما[1] ـ وبه قال أبو إسحاق رحمه الله ـ: أنه يجب قبل العتق؛ ليستعين به على تحصيل العتق، كما يدفع إليه سهم الرقاب قبل العتق. وعلى هذا، فإنما يتعين في النجم الأخير.

وأما وقت الجواز: فمن أول عقد الكتابة، ويجوز بعد الأداء، وحصول العتق أيضاً، ولكن سبيله سبيل القضاء إذا أوجبنا التقديم على العتق.

وفي «طريقة الصيدلاني» رحمه الله: نقل وجه: أنه لا يجوز الإيتاء مما قبل النجم الأخير، بل يجب أن يحط منه؛ ليترتب[2] عليه العتق، أو يؤتيه بعد العتق؛ ليحصل التمليك الكامل.

---

(١) انظر: «الوسيط» (٧/ ٥٢٣)، و«الروضة» (١٢/ ٢٤٩).

(٢) في (ي): (ليرتب).

وقد يشعر قوله في الكتاب: (وفي وجوب تقديمه على وقت العتق، وجهان)، فإنا إذا لم نوجب التقديم، يجوز التقديم والتأخير جميعاً. ومنهم من يشعر إيراده بوجوب التأخير، كما قدمنا.

والثالثة: في قدره، وفيه وجهان:

أصحهما ـ وهو في المنصوص في «الأم»[(١)] ـ: أنه لا يقدر، بل يكفي ما يتمول ويقع عليه الاسم؛ لأنه لم يرد فيه تقدير، وقوله: ﴿مِّن مَّالِ ٱللَّهِ﴾: يتناول القليل والكثير.

والثاني ـ ويحكى عن أبي إسحاق رحمه الله ـ: أنه ينبغي أن يكون قدراً يليق بالحال، ويستعين به على العتق، دون القليل الذي لا وقع له. وعلى هذا، فيختلف الحال بقلة المال وكثرته.

فإن لم يتفقا على شيء، قدّره الحاكم بالاجتهاد، وينظر فيه إلى قوّة العبد واكتسابه. وعن رواية ابن القطان رحمه الله، وجه: أنه يعتبر حال السيد في اليسار والإعسار. وعن الإصطخري: أنه يحتمل أن يقدر برُبع العُشر، والمستحب قدر الرُّبع. روي ذلك عن علي رضي الله عنه. وفي وجه ضعيف: الثلث، فإن لم تسمح نفسه بذلك، فالسُّبع محبوب؛ لما روي: «أن ابن عمر رضي الله عنهما كاتب عبداً له بخمسة وثلاثين ألف درهم، وحطّ عنه خمسة آلاف»[(٢)]، وخمسة: سبعُ خمسةٍ وثلاثين.

قال في «الوسيط»[(٣)]: وكان السُّبع إلى العُشر لائق.

---

(١) انظر: «الأم» (٨/ ٣٥)، وانظر: «الوسيط» (٧/ ٥٢٣)، و«الروضة» (١٢/ ٢٤٩).

(٢) الأثر: رواه مالك في «الموطأ» (٢/ ٧٨٨)، من كتاب المكاتب، باب القضاء في المكاتب. وأخرجه البيهقي (١٠/ ٥٥٥) من كتاب المكاتب، باب ما جاء في تفسير قوله عز وجل: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾. وانظر: «التلخيص الحبير» (٤/ ٢١٦).

(٣) انظر: المصدر قبل السابق.

والرابعة: في جنسه، والإيتاء بالحطّ لا يكون إلا من عين مال الكتابة. وأما البذل: فإن كان المبذول من[1] جنس مال الكتابة كبذل الدراهم عن الدنانير، فلا يلزم المكاتب قبوله؛ لقوله تعالى: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾، يريد مال الكتابة.

قال الإمام[2]: ووجدت في كلام بعض الأئمة ما يدل على أنّ غير الجنس مجزئ.

وقوله في الكتاب: (ففيه وجه: أنه لا يجوز تعبداً كما في الزكاة)، يشير إلى ترجيح الجواز. وقد صرح به في «الوسيط»[3]. والظاهر ـ الذي أورده الأكثرون ـ: المنع.

والمقصود من الجواز وعدمه: أنه هل يجبر المكاتب على قبوله، أو لا يجبر؟

فأما إذا رضي المكاتب بغير الجنس، فيجوز لا محالة، نصّ عليه؛ فإن الكتابة من قبيل المعاملات، فلا يُنحى بها نحو العبادات. على أن الإمام[4] قال: إذا منعنا نقل الصدقة وانحصر المستحقون، فقد نقول: إن لهم أن يعتاضوا عروضاً عن حقوقهم.

ولو كان المبذول من غير مال الكتابة ولكن من جنسه، فهل عليه القبول؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لظاهر الآية.

والأظهر[5] ـ وهو المذكور في الكتاب ـ: نعم؛ كما في الزكاة. ولأنّ المقصود الإعانة، وهي حاصلة.

وفي الفصل وراء ما أوردناه، فرعان:

---

(١) في (ز) و(ج): (لا من).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٣٨٧).

(٣) «الوسيط» للغزالي (٧/ ٥٢٤).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٣٨٧).

(٥) انظر: «الوسيط» (٧/ ٥٢٣)، و«الروضة» (١٢/ ٢٤٩).

أحدهما: إذا مات السيد بعد أخذ النجوم، وقبل الإيتاء، فعلى الورثة الإيتاء، فإن كانوا صغاراً تولاه الذي يلي أمرهم.

ثم لا يخلو، إما أن يكون[١] مال الكتابة أو بعضه باقياً بحاله، أو لم يكن[٢]:

إن كان باقياً، فيؤخذ القدر الواجب منه، ولا يزاحم المكاتب فيه أرباب الديون، ولا أرباب الوصايا؛ لأنّ حقّه في عينه، أو هو[٣] كالمرهون بحقّه. هكذا ذكره القفال، وحكاه القاضي ابن كج عن نصّه رضي الله عنه في «المبسوط».

وإن لم يكن باقياً: فعن أبي إسحاق وغيره وجه: أن واجب الإيتاء لكونه غير مقدر ضعيف، فيؤخر عن الديون[٤]، ويجعل في مرتبة الوصايا.

وذكر وجه آخر: أن على قولنا: إن القاضي يقدره باجتهاده، فقدره بأقل ما يتموّل منه في مرتبة الديون، والزيادة عليه في مرتبة الوصايا لضعفه. وهذا ما أورده في الكتاب، مستثنى عن قولنا: إن الواجب ما يقدّره القاضي ويليق بالحال، فقال: (إلا أن يموت قبل الإيتاء) إلى آخره.

وكأنّ من قال به يقول: الزيادة على أقلّ ما يتموّل، لا يليق بحال الميت؛ لأنه معسر.

وظاهر المذهب: أن ما نحكم بوجوبه على اختلاف الوجهين كسائر الديون يقدّم على الوصايا، فإن أوصى بزيادة على الواجب، فتلك الزيادة من الوصايا.

---

(١) في (أ) و(ي) و(ز): (كان)، وهو خطأ لا يستقيم به المعنى.

(٢) في (ز): (لم يكن باقياً).

(٣) قوله: (هو) ليس في (أ).

(٤) في (ي): (الدين).

واعلم أنّ الحكاية عن نصّ الشافعي رضي الله عنه في «المختصر»: أنّ المكاتب يحاصّ بالذي له، أهل الديون والوصايا. واعترض المزني، وقال: «يلزمه أن يقدّمه على الوصايا»[١].

وكيف يحاصّ الفريقين، والديون مقدّمة على الوصايا؟ فإن حاصّ أهل الديون، يقدّم على الوصايا، وإن حاص أهل الوصايا، تقدمت الديون عليه.

واختلف الأصحاب في الجواب، على وجوه:

أحدها: أن الكاتب غلط، وإنما قال الشافعي رضي الله عنه: «يحاص أهل الديون»، دون الوصايا[٢].

والثاني ـ عن ابن سريج رحمه الله ـ: تنزيل النصّ على ما إذا أوصى أن يكون الإيتاء والديون من الثلث، وكان الثلث يحتملهما، والوصايا أيضاً، فيتحاصّون جميعاً في الثلث.

والثالث: تنزيله على ما إذا قدّر القاضي شيئاً باجتهاده، فيحاصّ أرباب الديون بأقلّ ما يتموّل منه، وأرباب الوصايا بالزيادة، وهو الوجه الذي قدمناه.

والرابع: تنزيله على ما إذا أوصى السيد بزيادة على القدر الواجب، فيحاصّ أرباب الديون بالواجب، وأرباب الوصايا بالزيادة. وبهذا قال ابن خيران، وشبه ذلك بما إذا أوصى بأن يحج عنه بالحجة الواجبة[٣] من بلده، فقدّر أجرة الحج من الميقات من رأس المال، والزيادة تعتبر من الثلث.

---

(١) انظر: «المختصر» ص٣٢٤.

«وتحاصّ الغُرماء: اقتسموا المال بينهم حصصاً». ذكره في «المصباح المنير» (١/ ١٣٩).

(٢) في (ز): (دون أهل الوصايا).

(٣) في (أ): (الحجة)، وفي (ز): (والحجّة واجبة).

الفرع الثاني:

إذا لم يبق من النجوم إلا القدر الواجب في الإيتاء، فلا يسقط، ولا يحصل التقاص؛ لأنا وإن جعلنا الحط أصلاً، فللسيد أن يؤتيه بدلاً عنه. ولا يجوز للسيد تعجيزه، فإن عليه مثله، ولكن يرفعه المكاتب إلى الحاكم حتى يرى رأيه، ويفصل الأمر بينهما.

وإن جعلنا الإيتاء أصلاً: فعن القاضي الحسين رحمه الله: أن له تعجيزه بالباقي إذا لم يجده، وإذا عجّزه سقط الإيتاء وارتفع العقد من أصله. قال الإمام[1]: وهذا عندي غير صحيح، وإنما شرع الإيتاء لئلا يعجز العبد بقدره، ولا يفوت العتق.

وليعلم ما ذكرنا قوله في الكتاب: (فليس للسيد تعجيزه) بالواو.

فرع:

إذا قلنا: يجتهد القاضي في القدر، فقد قال الإمام[2]: ما يستيقن أنه لا وقع له بالإضافة إلى مال الكتابة فهو غير كاف، وما يستيقن أنّ له وقعاً فهو كاف. وإذا تردّد، فقدر[3] التردد[4] يتعارض فيه أصلان:

أحدهما: براءة ذمّة السيد.

والثاني: بقاء الأمر بالإيتاء، ويلتحق بأطراف تقابل الأصلين[5]. والله أعلم.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٣٨٧).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٣٨٦).

(٣) في (ي): (فقد).

(٤) في (ظ): (المتردّد).

(٥) في (ظ): (المتردّد).

قال:

(الثانية: لو عَجَّلَ النجومَ قبلَ المحلّ، أُجبِرَ على القَبول، كما لو عجَّلَ ديناً به رهن، وفي سائرِ الدُّيونِ وجهان. وإن كانَ على السَّيدِ ضرر، أو كانَ وقتَ[1] غارة، لم يجُبرَ، فإن كانَ العقدُ أُنشئَ[2] في وقتِ الغارة، فوجهان. ولو كانَ غائباً قَبضَ القاضي عنه. ولو قال: لا آخذُ فإنه حرام، أُجبِرَ على القَبول، والقولُ قولُ المكاتَب، ولكن هل يُنتزعُ من يدِه بعدَ القَبولِ لأجلِ إقرارِه؟ فيه وجهان، أحدُهما: أنه يُنتزَع، ويُحفظُ في بيتِ المال، أو يُسلَمُ إلى مالكِه إن أقرَّ لمالكٍ مُعيَّن. وإن قلنا لا يَنتزع، فالصَّحيح أنه يُقبَلُ رجوعُه ويَنفذُ تَصرُّفُه إذا كذَّبَ نفسَه.

ولو قالَ السَّيد: إن عجَّلتَ بعضَ النُّجومِ فقد أبرأتُك عن الباقي، لم يصَحَّ الإبراء، ولو عجَّلَ البعضَ بشرطِ الإبراءِ لم يصحَّ الأداء، فإن وفَّى السَّيدُ وأبرأ، فهل يَنقلبُ القَبضُ صحيحاً بالرِّضا السّابقِ[3] المعلَّقِ على الأداء؟ فيه قولان، ولو أنشأ رضاً جديداً، فلا شكَّ أنه ينقلبُ صحيحاً من حينِه؛ لأن دوامَ القَبضِ كابتدائِه).

في المسألة قواعد، يتلوها فروع[4]:

---

(١) في (ز): (في وقت).

(٢) في (أ): (نشئ).

(٣) قوله: (السابق) ليس في (ز).

(٤) في (أ) و(ي): (فرع).

إحدى القواعد: إذا عجّل المكاتب النجوم قبل المحلّ، نظر: إن لم يلحق السيد ضرر في القبول، أجبر عليه؛ لأن للمكاتب غرضاً ظاهراً فيه، وهو تنجيز العتق أو تقريبه، ولا ضرر على السيد في القبول. ولأن الأجل حقّ من عليه الدين، فإذا أسقطه ينبغي أن يسقط، وقد ورد فيه الأثر عن عمر رضي الله عنه(١).

وإن لحق السيد ضرر؛ بأن كان لا يبقى بحاله إلى وقت الحلول كالطعام الرطب، أو كان تلزمه مؤونة كعلف الحيوان وما يحتاج إليه للحفظ، أو كان في أيام فتنة أو غارة، فلا يجبر على القبول.

نعم، لو أنشئ العقد في وقت الفتنة والغارة، ففيه وجهان:

أحدهما: يجبر؛ لاستواء الحالتين، كما استويا في الأمن.

وأصحهما: المنع؛ لأنها قد تزول عند المحلّ.

---

(١) قال الحافظ ابن حجر في «التلخيص» (٤/ ٢١٧): «روي عن عمر: «إجبارُ السيّد فيما إذا عجّلَ المكاتبُ النجومَ قبلَ المحلِّ»: الدارقطني من طريق سعيد بن أبي سعيد المقبري عن أبيه قال: «اشترتني امرأة من بني ليث...»، فذكر قصته مع عمر في إلزامها بأخذ مال الكتابة منه معجّلاً». وانظر: «الدارقطني» (٤/ ١٢٢)، من كتاب المكاتب.

قوله: «اشترتني امرأة...» الحديث، في إسناده عبد الله بن عبد العزيز بن عبد الله بن عامر الليثي وهو ضعيف، واختلط بآخره، كذا في «التقريب». وقال البخاري: هو منكر الحديث، وكان مالك يرضاه، كذا في «الخلاصة». وأخرج البخاري تعليقاً ـ ولفظه ـ: قال رَوْح عن ابن جُرَيج: «قلت لعطاء: «أواجبٌ عليَّ إذا علمتُ له مالاً أن أكاتبه؟»، قال: «ما أُراه إلا واجباً»، وقاله عمرو بن دينار، فقلت لعطاء: «أتأثره عن أحد؟»، قال: «لا»، ثم أخبرني «أن موسى بن أنس أخبره: أنّ سيرينَ سأل أنساً المكاتبة، وكان كثير المال، فأبى، فانطلق إلى عمر رضي الله عنه، فقال: «كاتِبْه»، فأبى، فضرَبه بالدِّرَّة، ويتلو عمر: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ﴾، فكاتبه». قال الحافظ: «هذا الأثر وصَله إسماعيل القاضي في «أحكام القرآن» قال: حدثنا علي بن المديني حدثنا روح بن عبادة بهذا، وكذلك أخرجه عبد الرّزّاق والشّافعي من وجهين آخرين عن ابن جريج». انتهى. ذكره في «التعليق المغني على الدارقطني» (٤/ ١٢٢).

ولو أتى بالنجوم في غير بلد العقد، فإن كان في النقل مؤونة، أو كان الطريق أو ذلك البلد مخوفاً، لم يجبر على القبول، وإلا فيجبر.

وقوله في الكتاب: (وفي سائر الديون المؤجلة وجهان)، لا يمكن حمله على ما سوى النجوم مطلقاً، وكيف وقد ذكر أنه لو عجّل ديناً به رهن، يجبر على القبول؛ لفك الرهن، وقد سبق ذلك في باب السلم، وبينا هناك[1] أنه إذا لم يكن للمعجل غرض سوى براءة الذمة، ففي إجبار المستحق على القبول قولان، **أظهرهما**[2]: الإجبار، فليحمل قوله: (وفي سائر الديون المؤجلة على ذلك)، أي الديون التي لا يتعلق بتعجيلها غرضُ عتق وفكُّ رهن وغيرهما.

الثانية: إذا أتى المكاتب[3] بالنجم في محله والسيد غائب، فيقبض القاضي[4] عنه، وكذا يقبض عنه إذا امتنع وهو حاضر، ويعتق العبد.

ولو أتى بالنجم قبل المحل والسيد غائب، فكذلك يقبض عنه إذا عرف أنه لا ضرر على السيد في أخذه. قال الصيدلاني رحمه الله: وبمثله لو كان لغائب دين على آخر فأتى به الحاكم، هل يقبضه للغائب؟ فيه وجهان، **أظهرهما**: المنع؛ لأنه ليس للمؤدي غرض إلا سقوط الدين عنه، والنظر للغائب أن يترك في ذمّة المليء، فإنه خير من أن يصير أمانة في يد الحاكم.

الثالثة: إذا أتى المكاتب بالنجوم، فقال السيد: «هذا حرام» أو «مغصوب»، نظر: إن أقام على ما يقوله بينة، لم يجبر على قبوله، وتُسمع منه هذه البينة؛ لأن له في إقامتها

---

(١) قوله: (وبينا هناك) ليس في (ز). وانظر: «الوجيز» (١/ ١٥٧ - ١٥٨).

(٢) قوله: (أظهرهما) ليس في (أ).

(٣) قوله: (المكاتب) ليس في (ي) و(ظ) و(ز).

(٤) قوله: (القاضي) ليس في (ي) و(ظ).

غرضاً ظاهراً، وهو الامتناع عن الحرام. هكذا أطلق كثيرون. وقال الصيدلاني: إنما يقيم البينة إذا عيَّن له مالكاً، أما إذا لم يعين فلا تتصوّر البينة للمجهول، ولا معنى لقولهم: إنه مغصوب. وللمطلقين أن يقولوا: إذا كان مقصود هذه البينة الامتناع عن الحرام، لم يبعد قبولها على الإطلاق.

وإن لم تكن بينة: فالقول قول المكاتب: «إنه له» مع يمينه؛ لظاهر اليد. فإن نكل، حلف السيد، وكان كما لو أقام البينة. وعن ابن أبي هريرة رحمه الله وجهٌ، حكاه القاضي ابن كج: أن المكاتب لا يحتاج إلى البينة. والمشهور الأول.

ولا يثبت ببينة السيد حق المالك الذي عيّنه، ولا يسقط بحلف المكاتب حقه.

ثم إذا حلف العبد، فظاهر المذهب: أنه يجبر السيد على قبوله، أو إبرائه عن ذلك القدر. فإن امتنع منهما، أخذ الحاكم النجوم، وعتق العبد.

وقد نصّ الشافعي رضي الله عنه فيما إذا اشترى نخيلاً وأفلس، ورجع البائع في النخيل[1] وعليها ثمرة، فقال المشتري: «حدثت في ملكي»، وقال البائع: «بل كانت على النخيل[2]، يوم البيع»، وصدق بعض الغرماء المشتري، دون بعض: أنه يصدق المشتري.

وأنه إذا حلف، تدفع الثمرة[3] إلى من صدّقه دون من كذّبه. فحكى الشيخ أبو حامد: أن من الأصحاب من قال: قضية قوله: «لا تدفع الثمرة إلى المكذب»: أن لا يجبر السيد على القبول هاهنا، وأن فيهما قولين بالنقل والتخريج. والأكثرون امتنعوا

---

(١) في (ز): (النخل).

(٢) في (ز): (النخل). وانظر: «الأم» (٨/ ٦١-٦٢).

(٣) في (ز): (الثمن).

منه. وقالوا في الفرق: إذا دفعت الثمرة إلى من صدّقه، برئت ذمته عن الدين بقدرها، ولم يتضرر. وهاهنا: لو لم يُجبر السيد على الأخذ، تضرر ببقاء الرق.

ويجوز أن يعلم لما بينا قوله في الكتاب: (أجبر على القبول) بالواو، واللفظة تحتاج إلى ضميمة، والمعنى[١]: أُجبر على القبول والإبراء عن ذلك القدر، أو أُجبر على القبول إن لم يبرئ عنه.

ثم إذا أخذه السيد، نظر: إن عيَّن له مالكاً، أمر بتسليمه إليه؛ مؤاخذة له بإقراره، وإن لم يقبل قوله[٢] على المكاتب. وإن لم يعينّ مالكاً، واقتصر على قوله: «إنه حرام» أو «مغصوب» أو «مسروق»، فوجهان:

أحدهما: أنه ينتزعه[٣] الحاكم، ويحفظه في بيت المال إلى أن يظهر مالكه.

وأظهرهما: المنع؛ فإنه لم يقرّ لمعيّن. وذكر الروياني وغيره على هذا، أنه يقال له: «أمسكه إلى أن يتبين صاحبه»، ويمنع من التصرف فيه.

ولو كذب نفسه وقال: «هو للمكاتب كما ادّعاه»، قال الإمام[٤]: المذهب، أنه يقبل وينفذ تصرّفه بحسبه.

ويجوز أن يوجّه الآخر: بأنه أقرّ بأنه حرام عليه، فلا يتمكن من الرجوع عنه.

قال: وإن قلنا إن الحاكم يزيل يده، فالظاهر أنه لو كذب نفسه لا يقبل.

وقوله في الكتاب: (فيه وجهان، **أحدهما**: أنه ينتزع ويحفظ في بيت المال أو

---

(١) في (أ) و(ي): (المعنى) دون واو.

(٢) في (ز): (إقراره).

(٣) في (أ): (ينزعه).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٣٨٠).

يسلم إلى مالكه إن أقرّ لمالك معين)، يشعر بإثبات الخلاف في الانتزاع مع الإقرار لمعيّن يسلم إليه.

ولا خلاف في أنه يؤمر بالتسليم إليه، لكن يجوز فرض الخلاف في أنا هل ننتزعه لنسلمه إليه إذا كان غائباً مثلاً.

هذه هي القواعد. وأما الفروع(١):

فلو جاء المكاتب بالنجم عند المحل، وشرط على السيد أن يبرئه، فالشرط لغوٌ، وللسيد أخذه ولا يلزمه الإبراء عن الباقي.

ولو عجّل قبل المحل على أن يبرئه عن الباقي، فأخذه وأبرأه، لم يصح القبض ولا الإبراء، خلافاً لأبي حنيفة(٢) وأحمد(٣) رضي الله عنهما.

ولو قال السيد: «أبرأتك عن كذا، بشرط أن تعجل لي الباقي»، أو «إذا عجّلت كذا، فقد أبرأتك عن الباقي»، فعجّل، لم يصح القبض ولا الإبراء أيضاً، وإذا لم يصحا لم يحصل العتق، وعلى السيد ردّ المأخوذ. هذا ظاهر المذهب(٤).

وأشار المزني(٥) إلى تردد قولٍ في صحة القبض والإبراء.

ولم يسلم له جمهور الأصحاب اختلاف القول في المسألة، وحملوا التجويز على ما إذا لم يجر شرط وابتدائه.

---

(١) في (أ) و(ي): (الفرع).
(٢) انظر: «الهداية» (٣/ ٢٥٣).
(٣) انظر: «المغني» (١٤/ ٤٥٢).
(٤) قال النووي في «الروضة» (١٢/ ٢٥٣): «هذا هو المذهب».
(٥) «المختصر» ص٣٢٥.

وردّ صاحب الكتاب في «الوسيط»[1] تردد القول، إلى أنه إذا عجل بشرط الإبراء، ووفَّى السيد فأبرأ، هل ينقلب القبض صحيحاً؟ ففي قولٍ: ينقلب صحيحاً؛ لأنه رضي بالأداء بشرط الإبراء، فإذا حصل الشرط كان القبض مرضياً به. وعلى هذا جرى في الكتاب.

ولو أنشأ رضاً جديداً فقبضه عما عليه، يحكم بصحته، كما لو أذن للمشتري في أن يقبض ما في يده عن جهة الشراء، أو للمرتهن في قبضه عن جهة الرّهن.

ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب: (لم يصح الإبراء)، مع الحاء والألف بالواو؛ لما أشار إليه المزني رحمه الله، وأيضاً: ففي تعليق الإبراء مطلقاً، خلاف مذكور في الضمان[2].

ولو أخذ السيد ما عجّله المكاتب وأبرأه عن الباقي من غير شرط، أو عجّز العبد نفسه، فأخذ السيد ما معه وأبرأه عن الباقي أو أعتقه، جاز.

وذكر الشافعي رضي الله عنه ـ مشيراً إلى حيلة تفيد حرية المكاتب بما عجّله ـ: أنه إن أحب أن يصحّ، فليرض المكاتب بالعجز، وليرض السيد بأن يأخذ ما معه ويعتقه.

لكن في هذا مخاطرة على العبد؛ فإنه لا يؤمن أن لا يفي السيد بما وعد، ويرقّه، ويأخذ ما في يده من الأكساب.

فالطريق ـ على ما حكي عن صاحب «الإفصاح» والأئمة ـ أن يقول: «إذا عجّزت نفسك، وأدّيت إليّ كذا، فأنت حرٌّ» فإذا وُجدت الصفتان يعتق، ويكون العتق عن[3] الكتابة.

---

(١) انظر: «الوسيط» للغزالي (٧/ ٥٢٦).

(٢) انظر: «الوجيز» (١/ ١٥٨).

(٣) في (أ): (على).

قال في «التهذيب»[١]: لأنه لا ترتفع الكتابة بمجرد تعجيزه نفسه، وإنما ترتفع إذا فسخها بعد التعجيز.

وإذا عتق عن الكتابة، كانت الأكساب له، ثم يتراجعان، فيرجع العبد على السيد بما أخذه، ويرجع السيد على العبد بقيمته؛ لأنه أعتقه على عوض التعجيز، والمال المذكور والتعجيز لا يصلح عوضاً، فكأنه أعتق على عوض فاسد.

وقال في «الشامل»: لو لم يعلق هكذا، ولكن قال: «إن أعطيتني كذا، فأنت حرٌّ»، فأعطاه، عتق، ولكنه عوض فاسد؛ لأن المكاتب لا تصح المعاوضة عليه، فيعتق بالصفة، ويجب عليه تمام قيمته.

واعلم أن الإمام رحمه الله أطنب في إيراد الإشكالات في هذا الفصل، وفيما أوردناه ما[٢] يحصل به الانفصال عن أكثرها.

فرع:

لو عجّل المكاتب النجم على أن يعتقه ويبرئه عن الباقي، ففعل السيد ذلك، عتق المكاتب، ورجع السيد عليه بقيمته، ويرجع المكاتب على السيد بما أداه؛ لأنه أعتقه بعوض فاسدٍ. حكاه القاضي[٣] عن النصّ[٤].

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٤٥٦).

(٢) قوله: (ما) ليس في (أ) و(ي).

(٣) المراد: هو القاضي الحسين.

(٤) «النصّ موجود في «الأم»، وعبارته: وإن فعل هذا على أن يحدث للمكاتب عتقاً، فأحدثه له، فالمكاتب حرٌّ، ويرجع عليه سيده بالقيمة، لأنه أعتقه ببيع فاسد كما قلت في أصل الكتابة الفاسدة». انظر: هامش «العزيز» (١٣/ ٥١٠).

قال:

(الثالثة: لتَعذُّرِ النُّجومِ خمسةُ أسباب:

الأول: إذا أفلسَ بجميعِها أو ببعضِها[١] فله فسخُ الكتابة، ويُسلمُ له ما أخذَ إلا ما كانَ من الصَّدَقات، فيَجبُ ردُّها على مالِكها، وليسَ هذا الفسخُ على الفَور، بل له التأخير، ولا يلزمُه الإنظار، إلا بقَدرِ ما يخرجُ المالُ من المَخزَن[٢]. فإن كانَ مالهُ غائباً فله الفَسخ، وإن كانَ له عُروضٌ لا يشتري إلا في زمان، فله الفَسخُ؛ على الأظهَر).

مقصود المسألة: الكلام فيما إذا تعذّر تحصيل النجوم عند محلها، وله أسباب:

منها: الإفلاس[٣]، فإذا حلَّ نجم على المكاتب، وهو عاجزٌ عن أدائه أو أداء بعضه، فللسيد فسخ الكتابة، فإن شاء فسخ بنفسه؛ لأنه فسخٌ مجمع عليه كفسخ النكاح بالعتق، وإن شاء رفع الأمر إلى الحاكم ليفسخ.

وفي «تعليق الشيخ أبي حامد» رحمه الله: أنه إذا ثبت عجزه بإقراره أو بالبينة، فللسيد فسخ الكتابة.

ولا ينبغي أن يشترط إقراره بالعجز، ولا قيام البينة عليه؛ لأنا سنذكر أنه إذا امتنع عن الأداء، ثبت حق الفسخ للسيد، وإذا لم يؤدّ فهو ممتنعٌ إن لم يكن عاجزاً، وإذا رفع الأمر إلى الحاكم فلا بد من ثبوت الكتابة وحلول النجم عنده.

---

(١) في (أ): (بجميعه وببعضه)، وفي (ي): (بجميع النجوم أو بعضه)، وفي (ظ): (بجميعه أو بعضه).

(٢) في (ظ): (الحرز).

(٣) انظر: «الوسيط» (٧/ ٥٢٦)، و«التهذيب» (٨/ ٤٨١)، و«الروضة» (١٢/ ٢٥٤).

ومهما فسخت الكتابة، سلم للسيد ما أخذه؛ لأنه كسبُ عبده.

نعم، ما أخذه من الصدقات، فيستردّه مؤديه. وهذا قد سبق ذكره في قسم الصدقات(١).

ويجوز أن يعلم قولُهُ في الكتاب: (فيجب ردّها)؛ لخلاف بيناه هناك، وليس هذا الفسخ على الفور، بل له تأخيره إلى أن يشاء، كالفسخ بالإعسار(٢).

وإذا استنظره المكاتب، فيستحب له أن ينظره، ثم لا يُلزمُ الإمهال، بل له الرجوع إلى الفسخ مهما بدا له، خلافاً لأبي حنيفة(٣).

وإذا طالبه بالمال، فلا بد من الإمهال بقدر ما يخرج المال(٤) من الصندوق والدكان والمخزن، ويزن(٥).

وإن كان ماله غائباً، فقد أطلق الإمام(٦) وصاحب الكتاب: للسيد الفسخ، وليحمل على تفصيلٍ ذكره ابن الصباغ وصاحب «التهذيب»(٧) وغيرهما، وهو أنه: إن كان على مسافة القصر، لم يلزمه التأخير إلى أن يحضره.

---

(١) انظر: «الوجيز» (١/ ٢٩٤)، وما سلف (١٢/ ٦١٤).

(٢) ورد بهامش «العزيز» (١٣/ ٥١١): «قال ابن أبي الدم (ت ٦٤٢هـ): هكذا قطع به الإمام، ولا يبعد تخريج وجه فيه أنه على الفور، من الخلاف في رجوع البائع إلى عين متاعه إذا أفلس المشتري، ويؤيّده أنّ العراقيين ألحقوا إثبات الفسخ للسيد بفسخ البيع بالردّ بالعيب وبالرجوع إلى عين السّلعة في حق المفلس». اهـ.

(٣) «الهداية» (٣/ ٢٦٧).

(٤) في (أ) و(ي): (من المال).

(٥) «قال ابن أبي الدم: هكذا صرّح الإمام، وهو خلاف ما ذكره الأصحاب، فإنهم اتفقوا على أنه يمهل ثلاثة أيام». ذكره بهامش «العزيز» (١٣/ ٥١١).

(٦) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٤٦٤).

(٧) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٤٨٢).

وإن كان له دين على إنسان: فإن كان حالاً، ومن عليه مليءٌ، وجب التأخير إلى استيفائه، كما لو كانت له وديعةٌ عند غيره. فإن كان مؤجلاً، أو على معسرٍ، فلا يجب التأخير.

وإن كان الدين على السيد، وهو من جنس النجوم، ففيه الخلاف في التقاص. وإن كان من غير جنسه، أدّاه؛ ليصرفه المكاتب إلى جنس النجوم.

ولو حلّ النجم وهو نقدٌ، وللمكاتب عروض، فإن تأتّى بيعها على الفور، فلا يفسخ السيد وتباع.

وإن احتاج البيع إلى مدة لكساد وغيره: فقضية ما أطلقه الصيدلاني: أنه لا يفسخ أيضاً. ورأى الإمام[1] جواز الفسخ، ونزَّله منزلة غيبة المال، وهذا أظهر. وضبط في «التهذيب»[2] مدة التأخير للبيع بثلاثة أيام، وقال: لا يلزم أكثر من ذلك. والله أعلم.

قال:

(الثاني: إذا غابَ بغيرِ إذنِ السَّيد، فله الفسخُ من غيرِ حاجةٍ إلى الرَّفعِ إلى القاضي، وإن كانَ بإذنِه بعدَ المحلّ، فليسَ له الفَسخُ حتى يُخبرَه أنه نَدِمَ على الإنظار، فإن قَصَّرَ في الإيابِ فله الفَسخ).

إذا حل النجم والمكاتب غائب، أو غاب بعد الحلول بغير إذن السيد، فللسيد فسخ الكتابة إن شاء بنفسه، وإن شاء بالحاكم؛ لأن المكاتب كان ينبغي أن يحضر أو يبعث المال إليه عند المحل، ولا يجب على السيد تأخير الفسخ بكون الطريق مخوفاً أو المكاتب مريضاً.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٤٦٦).

(٢) انظر: «التهذيب» (٨/ ٤٨٢)، وانظر: «الوسيط» (٧/ ٥٣٦)، و«الروضة» (١٢/ ٢٥٤).

وفيه وجهٌ ـ وينسب إلى أبي إسحاق ـ: أنه لا يفسخ بنفسه عند العقد، بل لا بد من الرفع إلى القاضي؛ فإنه نائب الغيّب.

وقد سبق ذكر هذين الوجهين فيما إذا أسر المكاتب. والظاهر[١] الأول.

وإلى الوجه المذكور أشار بقوله في الكتاب: (من غير حاجة إلى الرفع[٢]).

فإن فسخ بنفسه، فليشهد عليه؛ لئلا يكذبه المكاتب. وإن رفع الأمر إلى الحاكم، فلا بد وأن يثبت عنده حلول النجم وتعذر التحصيل، ويحلفه الحاكم مع ذلك؛ لأنه قضاء على الغائب. قال الصيدلاني: يحلفه «أنه ما قبض النجوم منه، ولا من وكيله، ولا أبرأه، ولا أحال به، ولا يعلم له مالاً حاضراً».

وذكر الحوالة، يتفرع على جواز الحوالة بالنجوم.

ولو كان مال المكاتب الغائب حاضراً، لم يؤدِّ الحاكم النجوم منه، ويمكن السيد من الفسخ؛ لأنه ربما عجّز نفسه لو[٣] كان حاضراً ولم يؤدِّ المال.

ولو أنظر المكاتب بعد حلول النجم، وأذِنَ له في السفر، ثم بدا له في الإنظار، لم يكن له الفسخ في الحال؛ لأن المكاتب غير مقصر هاهنا، وربما اكتسب في السفر ما يفي بالواجب[٤].

ولكن يرفع السيد الأمر إلى الحاكم، ويقيم البينة على الحلول والغيبة، ويحلف مع ذلك، ويذكر «أنه رجع عن الإنظار».

---

(١) انظر: «الوسيط» (٧/ ٥٢٦)، و«الروضة» (١٢/ ٢٥٤).

(٢) انظر: «الوجيز» (٢/ ٢٨٩).

(٣) في (أ): (ولو).

(٤) في (ز): (بقدر الواجب).

فيكتب الحاكم إلى حاكم بلد المكاتب؛ ليعرفه الحال: فإن أظهر العجز، كتب به إلى حاكم بلد السيد؛ ليفسخ إن شاء.

وإن قال: «أؤدّي[١] الواجب»: فإن كان للسيد وكيل هناك، أمره[٢] بالتسليم، فإن أبى ثبت حق الفسخ للسيد، وللوكيل الفسخ أيضاً إن كان وكيلاً به.

وحكى القاضي ابن كجّ رحمه الله قولاً آخر: أنه لا يثبت حق الفسخ بالامتناع من التسليم إلى الوكيل؛ لاحتمال العزل.

وإن لم يكن هناك وكيل، أمره الحاكم بإيصاله إليه، إما بنفسه أو بغيره، ويلزمه ذلك في أول رفقة تخرج، وفي الحال إن كان لا يحتاج إلى رفقة في ذلك الطريق.

وعلى السيد الصبر إلى أن تمضي مدة إمكان الوصول، فإن مضت المدة ولم يوصله مقصراً، فللسيد الفسخ.

ويخرّج مما ذكرنا: أنه لا يعتبر مضي إمكان المسير إلى السيد إن كان له وكيل هناك، وأنه يعتبر مضيُّها إن لم يكن وكيل، وكذلك نقله الربيع.

وعن رواية المزني: أنه لا يفسخ حتى تمضي مدة إمكان المسير، سواء كان هناك وكيل أو لم يكن، وعدَّ ذلك سهواً منه.

وقوله في الكتاب: (فليس له الفسخ حتى يخبره «أنه ندم على الإنظار»)، ليس في ظاهره تعرض للرفع إلى الحاكم، ولكتاب الحاكم، لكن[٣] الذي ذكره الشافعي رضي الله عنه والأصحاب رحمهم الله: أنه لا بد منه، فليحمل[٤] عليه.

---

(١) في (ز): (لا أؤدّي).

(٢) في (أ) و(ي) و(ظ): (أمر).

(٣) في (أ) و(ي): (ولكنه).

(٤) في (ي): (بل لا بد)، وفي (أ): (فلا بد من الحمل)، وفي (ي): (بلى لا بد).

نعم، قال القاضي ابن كجّ: لو لم يكن في بلد السيد حاكم، فكتب السيد إلى العبد، وأعلم[١] الحال، وأمره بالتسليم إلى رجل عينه، فامتنع، فعندي: أنه كما لو امتنع بعد كتاب القاضي إذا وقع له العلم به. وذكر أبو الحسين فيه وجهين. وحكى وجهين فيما لو سلم[٢] المكاتب إلى وكيل السيد، وبان أن السيد عزله، هل يبرأ المكاتب؟

قال: وعندي أنّ الوجهين مخصوصان بما إذا قال الحاكم: «إن فلاناً وكيله»، ولم يأمره بالتسليم إليه، فإن أمره بالتسليم إليه، فيبرأ بلا خلاف.

قال:

(الثالث: أن يمتنعَ معَ[٣] القُدرة، فله الفسخ؛ إذ الكتابةُ جائزةٌ من جانبِ العبد، وله أن يُعجِّزَ نفسَه، وأن يَفسخَ مهما شاء).

إذا امتنع العبد من أداء النجوم مع القدرة، لم يجبر عليه؛ لأن الكتابة[٤] جائزة من جهة[٥] العبد، فله تعجيز نفسه إذا شاء.

قال الأصحاب: وإنما كانت الكتابة جائزة من جانب العبد بخلاف جانب السيد[٦]؛ لأن الحظ في الكتابة للعبد، فلا يتمكن السيد من إسقاط ما أثبته من الحظّ والحقّ، وصاحب الحظّ بالخيار في حقّه. وهذا كما أن الرّهن جائز من جهة[٧] المرتهن،

---

(١) في (ز): (وأعلمه).
(٢) في (ز) و(ظ): (أسلم).
(٣) قوله: (مع) ليس في (أ).
(٤) في (ز): (المكاتب).
(٥) في (ز): (قبل).
(٦) من قوله: (لأن الكتابة جائزة) إلى هنا ليس في (ي) و(ظ).
(٧) في (ز): (قبل).

لازم من جهة الراهن. وأيضاً: فالكتابة تتضمن تعليق العتق بصفة في العبد، والتعليق يلزم من جهة المعلق، والعبد لا يلزمه الإتيان بالصفة المعلق عليها.

وإذا أعجز نفسه، فالسيد بالخيار بين أن يفسخ، أو يصبر. فإذا اختار الفسخ، فله الفسخ بنفسه، ولا يحتاج إلى الرفع إلى القاضي. وهل للمكاتب الفسخ؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ إذ لا ضرر عليه في بقاء الكتابة.

وأظهرهما ـ وهو المذكور في الكتاب ـ: نعم، كما أن للمرتهن أن يفسخ الرهن أيضاً.

قال الإمام[1]: تجويز الامتناع عن أداء النجوم مع أنه لا يملك الفسخ، بعيد.

وقال أبو حنيفة[2] ومالك[3] رحمهما الله: إذا كان في يده وفاء بالنجوم، لم يجز له تعجيز نفسه، بل يجبر على الأداء.

قال:

(الرابع: إذا جُنَّ العبد، وقُلنا لا يَنفسخ، فله الفَسخُ إلا أن يكونَ له مال، فللقاضي أن يُؤدِّيَ عنه؛ ليعتقَ إن رأى المصلحةَ له في الحرية، وللسَّيدِ أيضاً أن يَستقلَّ بأخذِ النُّجوم؛ إذْ تمكينُه من هذا أولى من منعِه، حتى يفسخَ ويأخذَ المالَ مجاناً).

قد مرّ أن الكتابة لا تنفسخ بجنون العبد. فإن حاول السيد الفسخ، فلا بد

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٤٦٤).

(٢) انظر: «الهداية» (٣/ ٢٥٥).

(٣) انظر: «مختصر خليل» ص٢٩٧.

وأن يأتي الحاكم فيثبت عنده الكتابة وحلول النجم، ويبدي المطالبة به. ويحلفه الحاكم على بقاء الاستحقاق، ثم يبحث، فإن وجد للمكاتب مالاً أدّاه عن الواجب عليه؛ ليعتق. ويخالف ما إذا كان المكاتب غائباً وله مال حاضرٌ، حيث قلنا: لا يؤديه عنه.

وفرق بينهما: بأن الغائب من أهل النظر لنفسه. ولو كان حاضراً، فربما امتنع وعجّز نفسه، وربما فسخ الكتابة في غيبته. والمجنون ليس من أهل النظر، فينوب عنه الحاكم. ثم عامة الأصحاب، أطلقوا القول بأن الحاكم يؤدّي عنه.

وذكر صاحب الكتاب رحمه الله هاهنا وفي «الوسيط»[1]: أنه يؤدّيه إن رأى المصلحة[2] في الحرية، وإن رأى أنه يضيع إذا عتق، فلا يؤدّيه. وهذا جيد، لكنه قليل النفع مع قولنا: إن السيد إذا وجد له مالاً يستقلّ بأخذه، إلا أن يُقال[3]: إن الحاكم يمنعه من الأخذ، والحالة هذه.

وإن لم يجد الحاكم له مالاً، فيمكن السيد من الفسخ. فإذا فسخ، عاد المكاتب قِناً له[4]، وعليه نفقته.

ثم إذا ظهر له مال، أو أفاق فأتى بمال كان قد حصله قبل الفسخ، دفع إلى السيد، وحكم بعتقه، ونقض التعجيز. هكذا أطلقوه. وأحسن الإمام[5] رحمه الله فقال: إن

---

(١) انظر: «الوسيط» للغزالي (٧/ ٥٢٧).

(٢) في (أ): (مصلحته).

(٣) من قوله: (إن السيد إذا وجد) إلى هنا ليس في (ي) و(ظ).

(٤) قوله: (له) ليس في (ز).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٤٦٦).

ظهر المال في يد السيد، ردّ التعجيز، وإلا فهو ماضٍ[١]؛ لأنه فسخ حين تعذّر عليه الوصول إلى حقه، فأشبه ما لو كان ماله غائباً فحضر بعد الفسخ.

وإذا حكمنا ببطلان التعجيز، وكان السيد جاهلاً بحال المال، فعلى المكاتب ردّ ما أنفق السيد عليه؛ لأنه لا يتبرع[٢] به، وإنما أنفق على أنه عبده.

ولو أقام المكاتب بعدما أفاق بينةً على «أنه كان قد أدّى النجوم»، حكم بعتقه، ولا رجوع للسيد عليه[٣]؛ لأنه لبس وأنفق على علمٍ بحريته، فيجعل متبرعاً. فلو قال: «نسيت الأداء»، فهل يقبل؛ ليرجع؟ فيه وجهان.

وإن وجد السيد للمكاتب[٤] في جنونه مالًا، فقد تقدّم أنّ له أن يستقلّ بأخذه، وحكينا عن الإمام تفصيلاً فيه.

وقوله في الكتاب: (إذْ تمكينه من هذا أولى من منعه، حتى يفسخ ويأخذ المال مجاناً)، ليس المقصود منه ما لو منعناه من الاستقلال بالأخذ، فيفسخ، ويأخذ المال من جهة أنه كسب عبده، فإنه لا يفسخ إذا كان هناك مال، ولكن يراجع الحاكم ليسلمه إليه. ولكنه أراد: أنه لو لم يرض المكاتب إذا أفاق بالعتق والأداء، فإن السيد يفسخ، ويأخذ المال من جهة أنه كسب عبده، ثم الإعتاق بيده لا مدفع له، وإذا كان كذلك، فتمكينه من الأخذ، وعتقه من جهة الكتابة، أولى؛ فقد يفضل شيء من أكسابه ويسلم له. وعبارة «الوسيط»[٥] تفهم ذلك.

---

(١) في (ي): (ناقد).

(٢) في (ز): (لم يتبرع).

(٣) من قوله: (لأنه لا يتبرع به) إلى هنا ليس في (ي) و(ظ).

(٤) في (أ): (المكاتب).

(٥) انظر: «الوسيط» للغزالي (٧/ ٥٢٧).

قال:

(الخامس: الموت، وتنفسخُ[١] الكتابةُ بموتِ العبد، وإن خلَّفَ وفاءً؛ لتعذُّرِ العِتق).

إذا مات المكاتب قبل أن يؤدّي تمام النجوم، انفسخت الكتابة ومات رقيقاً حتى لا يورث، وتكون أكسابه للسيد، وتجهيزه عليه؛ لأن مورد العقد الرقبة، والمقصود مرتقب فيها، فإذا فاتت كان فواتها كتلف المبيع قبل القبض.

ولا فرق بين أن يخلف وفاءً بالنجوم أو لا يخلف، ولا بين أن يكون الباقي من النجوم قليلاً أو كثيراً، وسواء حطَّ شيئاً أو لم يحطّ، وإن كان الإيتاء واجباً؛ قال في «الشامل»: لأن الإيتاء غير معلوم، فلا يسقط به شيء معلوم.

وعن نصه في «الأم»[٢] رضي الله عنه: أنه لو أحضر المكاتب المال ليدفعه إلى السيد، أو دفع المال إلى رسوله ليوصله إليه، فمات قبل أن يقبضه السيد، مات رقيقاً أيضاً.

وأنه لو وكّل المكاتب بدفع النجم الأخير إلى السيد، ومات المكاتب، فقال أولاده الأحرار: «إن الوكيل دفعه قبل موته، وإنه[٣] مات حرّاً»، وكذبهم السيد، فهو المصدّق.

فإن أقاموا بينة على «الدفع يوم الاثنين»، وكان قد مات يوم الاثنين[٤]، لم ينفعهم

---

(١) في (أ): (ويفسخ).

(٢) «الأم» للشافعي (٨/ ٥٦-٥٧).

(٣) في (ي): (وإن).

(٤) في (ز): (يوم الخميس).

إلا أن يقول الشهود: «إنه دفع قبل موته»، أو يقولوا[١]: «إنه دفع قبل طلوع الشمس»، ويكون السيد مقراً بأنه مات بعد الطلوع.

وأنه لو شهد وكيل المكاتب «بقبض السيد[٢] قبل موت المكاتب»، لم تقبل شهادته. ولو شهد وكيل السيد «بقبضه»، تقبل شهادته. ووجه ذلك: بأن وكيل المكاتب يشهد لموكله، فهو متهم. ووكيل السيد يشهد على موكله، فهو غير متهم.

وليعلم قوله في الكتاب: (وإن خلّف وفاء) بالحاء والميم؛ لأن عند أبي حنيفة رحمه الله: إذا مات وخلّف وفاءً مات حرّاً، وإن لم يخلف وفاءً وله ولد، يستسعي الولد حتى يؤدّي النجوم[٣]. وإن لم يكن له ولد أيضاً، مات رقيقاً.

وعن مالك[٤]: إن خلف وفاءً مات حراً. وإلا فإنْ لم يخلف ولداً، أو خلف ولداً حراً، أو مملوكاً ولد قبل عقد الكتابة، انفسخت الكتابة. وإن خلَّف ولداً مملوكاً وُلد بعد عقد الكتابة، كُلِّفَ أن يؤدّي المال الذي كان على أبيه، فيعتق، ويتبعه الولد في الحرية. ويُحكى عن مذهبها غير[٥] هذا التفصيل.

فروع، تتعلق بالفسخ والانفساخ:

يحصل الفسخ بقول السيد: «فسخت الكتابة» و«نقضتها»، و«رفعتها» و«أبطلتها»، و«عجّزت العبد».

---

(١) في (أ): (ويقولوا).

(٢) في (ز): (النجوم).

(٣) انظر: «الهداية» (٣/ ٢٦٦).

(٤) انظر: «مختصر خليل» ص٢٩٧.

(٥) في (ظ): (عند).

ولو لم يطالبه السيد بعد حلول النجم مدة، ثم أحضر المكاتب المال، لم يكن للسيد الامتناع من قبضه.

وعن نصّه في «الأم»[1] رضي الله عنه: أنه لو قال بعد التعجيز: «قد قرّرتك على الكتابة»، لم يكن عليها حتى يجدد له كتابته. وقد مرّ في القراض[2] ما يقتضي إثبات خلاف فيه.

ولو تطوّع رجل بأداء مال الكتابة، فهل يجبر السيد على القبول، أو يمكّن من الفسخ؟ حكى القاضي ابن كج رحمه الله فيه وجهين، والذي أورده الإمام[3] رحمه الله منهما: أنه لا يجبر.

ولو قبل، ففي وقوعه عن المكاتب إذا كان بغير إذنه، وجهان عن رواية صاحب «التقريب»، القياس: القبول.

وإذا مات المكاتب رقيقاً، أو فسخ السيد الكتابة لعجزه، رُقَّ كلُّ من يكاتب عليه من والد، وولد، وصاروا جميعاً للسيد، وما في يده من المال للسيد، على ما مرّ إن لم يكن عليه دينٌ، وإن كان فسيأتي.

قال رحمه الله:

(فرع: لو كانَ استسخرَ المكاتبَ شهراً، وغرَّمَ الأجرة، فيلزمُه إنظارُ شهرٍ بعدَ المحلّ، فعساه يكتسبُ مالاً. وقيل: له تعجيزُه من غيرِ إنظار).

إذا قهر السيد المكاتب واستسخره في بعض أعماله مدة، فعليه أجرة مثله. ثم إذا جاء المحلّ، فعليه إمهاله مثل تلك المدة، أو له التعجيز والفسخ؟ فيه قولان:

---

(١) «الأم» للشافعي (٨/ ٨١).

(٢) في (ي) و(ظ): (الفرائض).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٤٧٠).

أحدهما ـ ونظم الكتاب يقتضي ترجيحه ـ: أنّ على السيد أن يمهله مثل تلك المدة؛ لأنّ حقّ السيد أن يمكنه من الاكتساب، فإذا لم يفعل، لم يكن له أن يعتد عليه بتلك المدة، وقد يتفق له فتوح[1] في مدة القهر والحبس، وإن قصرت.

وأصحهما: أنه لا يلزمه الإمهال[2]، كما إذا حبس مستحقّ الدين المؤجّل[3] مدة الأجل، لا يلزمه القضاء بعد المحلّ، وما فوّت عليه من المنافع صار مجبوراً بالأجرة.

ولو حبسه غير السيد، فقد حكى الإمام[4] عن العراقيين إجراء الخلاف فيه، وفيه طريقان ذكرناهما فيما إذا أسر الكفار المكاتب مدّةً، ثم استنقذ.

وقوله في الكتاب: (وقيل: له تعجيزه من غير إنظار)، لفظة: (قيل)، في وجوه الأصحاب أكثر استعمالاً، والمسألة مشهورة بالقولين على ما بينا، فليحمل اللفظ عليه.

قال:

(الرابعة: في ازدحامِ الدُّيون، وله صور:

الأولى: إذا لم يكُن عليه دينٌ إلا للسَّيد، وكانَ له[5] دينُ معاملةٍ معَ النُّجوم، فله أن يأخذَ ما في يدِه بالدَّين، ويُعجِّزَه إذا لم يَملُك إلا ما يفي بأحدِهما، وإن أرادَ تعجيزَه قبلَ إخلاءِ يدِه عن المال، يأخذُه بالدَّين، ففيه وجهان).

مقصود المسألة: القول فيما إذا انضمت إلى النجوم ديون على المكاتب، إما للسيد

---

(١) قوله: (يتفق له فتوح) هكذا في جميع النسخ.

(٢) انظر: «الروضة» (١٢/ ٢٥٩) حيث قال: «فالمذهب أنه لا إمهال، وأجراه العراقيون على القولين».

(٣) في (ز): (المؤجّل المديون).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٤٦٧).

(٥) في (ي): (له عليه).

وحده أو لغيره أو لهما، وأنها كيف تؤدّى في حال بقاء الكتابة، وبعد ارتفاعها؟

ومقصود الصورة الأولى: فيما إذا كانت الديون للسيد وحده، وكانت الكتابة باقية.

فإذا كان للسيد مع النجوم دين معاملة على المكاتب، أو أرش جناية عليه أو على ماله: فإن تراضيا على تقديم الدين الآخر، وتأخير النجوم، فذاك. وإن تراضيا على تقديم النجوم، عتق، ثم الظاهر[1] أن الدين الآخر لا يسقط، فللسيد مطالبته به.

ولو كان ما في يده وافياً بالنجوم، ولم يف بها وبالدين الآخر، فإن أداها عن النجوم برضا السيد، فالحكم ما بينا.

وللسيد أن يمنعه من تقديم النجوم؛ لأنه لا يجد مرجعاً للدين الآخر إذا تقدّمت النجوم وعتق، فيأخذ ما في يده عن الدين الآخر، ثم يعجّزه.

وهل له تعجيزه قبل أخذ ما في يده؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه قادر على أداء النجوم، فما لم يخل يده عنها، لا يحصل العجز، وينسب هذا إلى اختيار الصيدلاني.

وأوجههما ـ عند الإمام[2] وغيره رحمهم الله ـ: نعم؛ لأنه يتمكن من مطالبته بالدينين معاً، وأخذ ما في يده عنهما، وحينئذٍ فيعجز عن قسطٍ من النجوم.

ولو دفع المكاتب ما في يده إلى السيد، ولم يتعرضا للجهة، ثم قال المكاتب: «قصدتُ النجوم»، وأنكر السيد: فعن القفال رحمه الله: أن المصدّق المكاتب، كما لو كان على الرجل دينان وكان قد رهن بأحدهما، فأدّى فقال: «أردت ذلك الدين».

---

(١) في (أ): (ظاهر).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٤٠٧).

وقال الصيدلاني: ينبغي أن يصدّق السيد؛ لأن الاختيار هاهنا إلى السيد، بخلاف سائر الديون.

ولو قال المكاتب: «قصدتُ النجوم»، وسلم له السيد قصده، ولكن قال: «قصدتُ الدين الآخر»: فعلى ما ذكره القفال رحمه الله: يحكم بقول المكاتب. وعلى ما ذكره الصيدلاني: بقول السيد. والله أعلم.

* * *

قال رحمه الله:

(الصّورةُ الثانية: أن يكونَ للأجانبِ عليه دينُ معاملةٍ وأرشُ جناية، فقَولان:

النَّصّ: أنه يُوزَّعُ ما في يدِه عليهم إذا ضاقَ عن جميعِهم.

والثاني: أنه يُقدَّمُ دينُ المعاملة؛ لأن الأرشَ له متعلَّقٌ بالرَّقبة، ثم الأرشُ يُقدَّمُ على النُّجومِ كما يُقدَّمُ على حقِّ المالك، هذا إن كانَ قد حَجَرَ عليه بالتماسِ الغُرَماء، فأما قَبلَ الحَجر، فله أن يُقدِّمَ من أرادَ منهم.

الصُّورةُ الثالثة: أن يُعجِّزَ نفسَه وعليه أرشٌ ودينُ معاملة، فقد سقطَت[1] النُّجوم، وما في يدِه يُوزَّعُ على الدَّينَين بالسَّويّة. وقيل: يُقدَّمُ دَينُ المعاملة؛ ليَرجِعَ الأرشُ إلى الرّقبة. وقيل: يُؤَخَّرُ دينُ المعاملة؛ لأن صاحبَه رضي بذمَّتِه. ثم لمستحقِّ[2] الأرشِ تعجيزُ[3] المكاتَبِ حتى يبيعَ[4] رقبتَه، فلو أرادَ السَّيدُ فداءَه لتبقى الكتابة، فالصَّحيحُ[5] أنه لا يجَبُ قَبوله، وأما صاحبُ الدَّين، فليسَ له التَّعجيز؛ إذ لا يَتعلَّقُ حقُّه بالرّقبة. ولو كانَ للسَّيدِ دَينُ معاملةٍ، فلا يُضاربُ الغُرماءُ بالنَّجم، ويُضاربُ بدَينِ المعاملة).

---

(١) في (أ) و(ي) و(ظ): (سقط).

(٢) في (ي) و(ظ): (المستحق).

(٣) في (أ) و(ي) و(ظ): (تعجز).

(٤) في (أ) و(ز): (يتبع).

(٥) في (ي): (والصحيح).

إذا اجتمع على المكاتب: النجوم، وديون المعاملات كالأثمان والقروض وأروش الجنايات، إما للسيد أو لغيره أو لهما، فهو كالحر في الحجر عليه وقسمة ماله بين أرباب الديون.

وهل تحلّ بالحجر عليه الديون المؤجلة؟ فيه طريقان:

أظهرهما: أن فيه قولين، كما ذكرنا في الحُرّ إذا أفلس.

والثاني: القطع بالحلول؛ لأن هاهنا يجتمع الحجر والرقّ، وللرق أثر ظاهرٌ في إبطال الأجل، ألا ترى أن الشافعي رضي الله عنه قال: إذا استرقّ الحربي وعليه دين مؤجل يحل الأجل، فإن حلت فيقسم المال على الجميع، وإلا فعلى الديون الحالّة.

إذا عُرِفَ ذلك، فإن كان ما في يد المكاتب وافياً بما عليه من الديون، وفيت جميعاً، وإلا، فإن لم يُحجر عليه بعد لعدم التماس الغرماء أو غيره، فله تقديم ما شاء من النجوم وغيرها، كالحُرّ المعسر يقدّم ما شاء من الديون.

وله تعجيل النجوم قبل المحلّ. ولا يجوز تعجيل الديون المؤجلة لغير السيد بغير إذنه، وفي جوازه بالإذن، الخلاف في تبرعات المكاتب بإذن السيد. وفي معناه ما إذا عجّل سائر الديون للسيد.

ومنهم من أجرى الخلاف في تعجيل النجوم، وكذلك أورده القاضي الرويـاني رحمه الله، وقال: وهو بمنزلة الهبة بإذنه، وفيه قولان، إلا أنه لا يؤدّي مال الكتابة من العبد الجاني؛ لأن الأرش متعلق برقبته، وهو مرتهن به.

وإذا قدم النجوم عتق، ويبقى دين الأجانب عليه. قال في «الشامل»: ولا يجيء فيه الخلاف في إعتاق العبد الجاني؛ لأن العتق يحصل بالصفة السابقة على الجناية، فهو كما لو علق عتق عبده بصفة ثم جنى، فإن الجناية لا تمنع حصول العتق بمقتضى التعليق السابق بلا خلاف.

والأولى أن يقدّم دين المعاملة، فإن فضل شيء جعله في الأروش، فإن فضل شيء جعله في النجوم. وسيظهر وجه هذا الترتيب.

وإن حجر الحاكم عليه، تولى قسمة ما في يده، وفي كيفية القسمة وجهان، ويقال قولان:

أحدهما ـ وهو ظاهر نصه في «المختصر»[(١)] ـ: أنه يقسمه على أقدار الديون، ولا يقدم بعضها على بعض؛ لأن جميع الديون متعلقة بما في يده، ألا ترى أن ما انفرد منها يتعلق به. وهذا ما أورده في «التهذيب»[(٢)]، ويحكى عن أبي إسحاق، واختيار صاحب «التقريب».

و**أصحهما** ـ وبه قال ابن أبي هريرة والقفال، وهو الذي أورده القاضي ابن كجّ ـ: أنه يقدّم دين المعاملة؛ لأنه يتعلق بما في يده لا غير، ولأرش الجناية مُتعلق آخر وهو الرقبة.

وكذلك حق السيد بتقدير العجز يعود إلى الرقبة، ويسوّى بين الأثمان والقروض، ثم يقدّم أرش الجناية على النجوم؛ لأن الأرش مستقرّ، والنجوم عرضة للسقوط إذا شاء المكاتب، ولأن حقّ المجني عليه يقدّم على حقّ المالك في القِنّ، فكذلك في المكاتب.

وعن القاضي أبي الطيب: أنه لا يختلف الأصحاب في أن ذلك مذهب الشافعي رضي الله عنه، وحملوا ما في «المختصر» على ما إذا رضوا جميعاً بالتسوية.

وقوله في الكتاب: (إذا ضاق عن جميعهم)، يشير إلى أن موضع الخلاف: ما إذا لم يف ما في يده بالديون جميعاً، فإن وفَّى فيؤدِّي الكل.

---

(١) انظر: «المختصر» ص٣٣٠. وانظر: «الوسيط» (٧/ ٥٢٨)، و«الروضة» (١٢/ ٢٥٦).

(٢) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٤٧١).

وقوله: (هذا إذا كان قد حجر عليه بالتماس الغرماء)، يعني المستحقين للديون سوى السيد، فإنه صور فيها إذا كانت الديون للأجانب.

وقد ذكر في «الشامل»: أنه لا يحجر عليه بالتماس السيد للنجوم؛ لأنها غير مستقرّة، والعبد متمكّن من إسقاطها.

ثم في الفصل صور:

إحداها: إذا عجّز المكاتب نفسه، سقطت النجوم، وفي دين المعاملة للسيد وجهان، الذي ذكره الإمام[1] منهما: أنه يسقط أيضاً، ويصرف ما في يده إلى ديون الأجانب من المعاملات والأروش، فإن لم يف بالنوعين، ففيه ثلاثة أوجه:

أرجحها ـ عند الشيخ أبي محمّد وصاحب الكتاب وغيرهما ـ: أنه يسوّى بينهما.

والثاني: تقديم[2] دين المعاملات؛ لأن للأرش متعلقاً آخر وهو الرقبة، وقضية ما قدمنا: ترجيح هذا الوجه، وقد وفَّى الإمام[3] بهذه القضية.

والثالث ـ عن صاحب «التقريب» ـ: تقديم دين الأروش؛ لأنه يثبت من غير رضا أربابها، وفي ديون المعاملة قد رضي أربابها بذمته.

قال الإمام[4]: وهذا المعنى يقتضي طرد الوجه الثالث قبل التعجيز، وما يبقى من دين المعاملة يتبع به العتق، وما يبقى من الأرش يتعلق بالرقبة[5]، فيباع فيه.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٤٠٦-٤٠٧).

(٢) في (أ) و(ظ): (يقدّم).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٤٠٥).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٤٠٦).

(٥) في (أ): (به الرّقبة).

ولو مات المكاتب قبل أن يقسم ما في يده، انفسخت الكتابة وسقطت النجوم.

وذكر جماعة ـ منهم صاحب «الشامل»، ويحكى عن ابن سريج رحمهم الله ـ: أن أروش الجنايات تسقط أيضاً؛ لأنها تتعلق بالرقبة وقد تلفت، وتتعلق بما في يده أيضاً بحكم الكتابة.

فإذا انفسخت الكتابة بطل ذلك التعليق أيضاً، فعلى هذا يتعين صرف ما خلفه إلى ديون المعاملات. وأبقى مبقون: الأروش وتعلقها بالمال، وعلى ذلك جرى الصيدلاني والإمام[1] وصاحب «التهذيب»[2]. وعلى هذا: فإن سوينا في صورة التعجيز فهاهنا أولى، وعلى الوجه المنقول عن صاحب «التقريب» تقديم الأرش.

وإن قلنا هناك: يقدم دين المعاملة، فهاهنا وجهان:

أحدهما: أن الجواب كذلك؛ استصحاباً لما كان في حال الحياة.

وأظهرهما: التسوية؛ لأن الدينين متعلقان بما خلفه، وتأخير الأرش في الحياة كان لتوقع توفيره من الرقبة، وقد بطل ذلك التوقع.

الثانية: إذا لم يكن في يد المكاتب مال، أو قسم الموجود إما على الديون جميعاً بالسوية أو على التقديم والترتيب وبقيت النجوم أو بعضها، فللسيد تعجيزه وردّه إلى الرق.

وإن بقيت الأروش أو بعضها، فلمستحقّ الأرش الباقي تعجيزه أيضاً؛ لتباع رقبته في حقّه، ولا يعجّزه بنفسه؛ لأنه لم يعقد حتى يفسخ، ولكن يرفع الأمر إلى الحاكم حتى يعجّزه. صرح الأصحاب بهذا.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٤٠٧).

(٢) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٤٧١).

وقال الإمام[١]: ظاهر كلامهم: أنه يعجّزه بنفسه، والوجه الرفع إلى القاضي.

فلو أراد السيد أن يفديه وتبقى الكتابة، فهل يمتنع على مستحقّ الأرش التعجيز؟ وهل يجب عليه قبول الفداء؟

قال الإمام[٢]: فيه احتمال متلقى من قول الأصحاب: يجوز أن يقال: لا؛ لأن السيد إنما يفدي إذا تعلق الأرش بالرقبة[٣]، وهذا لا يتحقق ما دامت الكتابة باقية، وليست الكتابة كالاستيلاد حتى يجعل السيد مانعاً بها[٤] كما يجعل مانعاً بالاستيلاد.

ويجوز أن يقال: نعم؛ لأنه رقيق السيد، وله غرض في إتمام العتاقة، وفي استيفائه لنفسه إن لم يتم، فيمكن من الفداء.

والأول: أصح عند الإمام[٥]، وتابعه صاحب الكتاب.

والثاني: هو الذي يوجد لسائر الأئمة.

وأما صاحب دين المعاملة، فليس له التعجيز؛ لأن حقه لا يتعلق بالرقبة، على ما سنذكر[٦] إن شاء الله تعالى.

ولو أمهله السيد ومستحقو الأروش، ثم بدا لبعضهم فأراد التعجيز فله ذلك، خلافاً لأبي حنيفة[٧] ومالك[٨] رحمهما الله.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٤٠٧-٤٠٨).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٤٠٨).

(٣) في (أ): (إنما يفدي الرقبة).

(٤) في (ي): (لها).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٤٠٨).

(٦) في (ز): (سنذكره).

(٧) انظر: «الهداية» (٣/ ٢٦٦).

(٨) انظر: «مختصر خليل» ص٢٩٧.

وإذا تحقق التعجيز، سقطت النجوم ويباع في أروش الجناية، إلا أن يفديه السيد، ودين المعاملة لا يتعلق بالرقبة ولا يباع فيه، خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله حيث قال بتعلقه[١] بالرقبة، كما قال: تتعلق ديون المعاملة برقبة العبد المأذون. وعن رواية صاحب «التقريب» وجه مثله.

فيجوز[٢] أن يعلم لذلك قوله في الكتاب: (إذْ لا يتعلق حقه بالرقبة) بالحاء والواو.

وقضية الوجه المذكور: أن يمكن صاحب دين المعاملة من التعجيز، وأن يسوي بين دين المعاملة والأرش في الحياة.

الثالثة: عرفت أنّ الأظهر: أن ديون الأجانب مقدّمة على النجوم، فلا يضارب السيد معهم بالنجوم[٣] إذا لم يف ما في يد المكاتب بالجميع[٤]، وهل يضارب بماله من ديون المعاملة؟ فيه وجهان:

أشبههما ـ وهو المذكور في الكتاب ـ: نعم؛ لأنه إذا سقط لم يكن له بدل كديون الغرماء، بخلاف النجم فإنه إذا سقط عاد السيد إلى الرقبة.

والثاني: لا؛ لأن ديون السيد ضعيفة، فإنها عرضة السقوط[٥] بالتعجيز. هكذا وجه الإمام[٦]. وذكر في غير هذا الموضع: أن ما كان للسيد من دين معاملة، يسقط بالتعجيز.

---

(١) في (ي): (متعلقه).

(٢) في (ز): (فيمكن).

(٣) في (ز): (في النجوم).

(٤) قوله: (بالجميع) ليس في (ز).

(٥) في (ز): (للسقوط).

(٦) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٤٠٨).

ونقل صاحب «التهذيب»[(١)] فيه وجهين.

فإن لم يسقط، فيحاصّ السيد الغرماء[(٢)] فيما كان في يده.

وأما ما للسيد من أرش جناية على المكاتب، ففي «كتاب القاضي ابن كجّ»: أن السيد والأجنبي يستويان فيه، في دوام الكتابة.

وأما بعد التعجيز، فيباع في أرش الجناية على الأجنبي، ويسقط ما كان للسيد؛ لأنه صار ملكاً له، ولا يثبت للسيد على عبده أرش جناية، ويجوز أن يفرض فيه خلاف.

وقوله في الكتاب: (فلا يضارب الغرماء بالنجم)، يجوز أن يعلم الواو؛ لما تقدّم أنّ على قولٍ أو وجهٍ: يوزّع ما في يده على النجوم وغيرها.

قال:

(الخامسة: إذا كاتَبا عبداً، فليسَ لأحدِهما أن ينفردَ بقبضِ نصيبِ نفسِه؛ لأنّ كلَّ ما في يدِ العبدِ كالمُشترَكِ بينَهما. ولو سلَّمَ إلى أحدِهما جميعَ النُّجومِ لم يَعتِق منه شيء، وقيلَ يَعتقُ نصيبُ القابض. ولو رضي أحدُهما بتقديمِ[(٣)] الآخرِ بنصيبِه فقَبضَ فهل[(٤)] يَعتِقُ نصيبُه؟ فيه وجهان).

وإذا كان بين اثنين عبد بالسوية فكاتباه معاً، لم يكن للمكاتب أن يفضل أحدهما على الآخر في قدر المدفوع، ولا أن يقدّم أحدهما على الآخر؛ لأن أكسابه مشتركة بينهما،

---

(١) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٤٧١).

(٢) في (ز): (الغرماء السيد).

(٣) في (ز): (بتقدّم).

(٤) في (ز) و(ظ): (هل).

فإن دفع إلى أحدهما تمام حصته بغير إذن الآخر لم يعتق منه شيء؛ لأن نصف المأخوذ لشريكه، ويجيء فيه وجه ضعيف، قد سبق.

وإن دفع إليه تمام النجوم فكذلك. وحكى الإمام[1] وجهاً: أنه يعتق نصيب القابض؛ لأنه لا يلزمه رفع اليد إلا عن نصف المقبوض، فليستقر ملكه في نصف المقبوض.

ولا خلاف أن للشريك الآخر أخذ حصته مما قبض، ولا في أنه إذا قبض أحدهما جميع النجوم بإذن الآخر عتق العبد.

وإن دفع إلى أحدهما حصته من مال الكتابة بإذن الآخر ورضاه بتقديمه، ففي القبض قولان ـ وقال صاحب الكتاب: وجهان ـ:

أصحهما ـ على ما قاله الروياني في «الحلية»، وهو اختيار المزني ـ: أنه لا يصح؛ لأن حقه في ذمة المكاتب، وما في يده ملكه، فلا أثر للإذن فيه. ولأنه لو جاء بالمال ليعطيهما، فرضي أحدهما بأن يزن للآخر أولاً، ففعل وأقبضه، لم يعتق حتى يزن للآخر. ولو هلك الباقي قبل أن يدفعه إلى الثاني، كان المدفوع إلى الأول بينهما، فكذلك هاهنا.

والثاني: يصح؛ لأن الحقّ لا يعدوهم، وقد اتفقوا عليه.

ويروى عن أبي حنيفة[2] رحمه الله مثل القولين.

وفي «طريقة الصيدلاني»: أن من الأصحاب من بنى القولين على أنه هل يجوز أن يكاتب أحد الشريكين نصيبه بإذن الآخر؟ إن جوّزناه صحّ القبض، وإلا فلا. وذكر غيره: أنهما مبنيان على أنّ المكاتب هل تنفذ تبرعاته بإذن السيد؛ لأن هذا التقديم تبرع؟

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٤١٤).

(٢) انظر: «الهداية» (٣/ ٢٦٦).

وتعرض الشيخ أبو محمّد رحمه الله في «السلسلة» للبابين[1] جميعاً.

فإن قلنا: لا يصح القبض، لم يعتق نصيب القابض، وللآذن طلب حصته من المقبوض.

ثم إن أدّى العبد الباقي عتق عليهما، وإلا فلهما التعجيز.

وإن قلنا: يصح القبض، استبدّ القابض بما قبضه، وعتق نصيبه.

ثم إن كان معسراً لم يعتق نصيب الآخر عليه، ولكن إن كان في يد المكاتب ما يفي بنصيب الآخر وأداه، عتق نصيبه أيضاً، وإلا فللآخر تعجيزه. وإن كان الذي قبض حصته موسراً، قوّم عليه نصيب الشريك.

ومتى يقوّم، في الحال أو عند العجز عن نصيب الشريك؟ فيه القولان المذكوران من قبل فيما إذا أعتق أحدهما نصيبه.

فإن قلنا بالتقويم في الحال، فجميع ما في يد العبد يكون للشريك الآذن؛ لحصوله في حال بقاء رقِّه واستيفاء الأول نصيبه. وإن قلنا بالتقويم عند العجز فيما اكتسبه إلى أن يعتق نصفه، يكون للشريك الآذن، وما اكتسبه بعد ذلك بين المكاتب والشريك الآذن؛ لأنه اكتسبه[2] بنصفه الحُرّ ونصفه المكاتب. وإن مات قبل الأداء والتعجيز، فعلى ما سبق هناك. هذا ما يوجد لأكثر الناقلين رحمهم الله.

وسلك الإمام[3] طريقة أخرى، فقال: إن كان في يده وفاء بنصيب الشريك الآذن، فالذي رأيته للأصحاب: القطع بأنه لا سراية.

---

(١) في (ي) و(ظ): (للبابين في «السلسلة»).

(٢) قوله: (اكتسبه) ليس في (أ).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٤١٨).

قال في «الوسيط»[1]: ولا نقول بعتق نصيبه، بل يؤدّي نصيب الآذن، فإن أدّى عتق عليهما، وإن عجز عن أداء نصيب الآذن فقد حكي عن ابن سريج رحمه الله: أنه لا يشارك القابض فيما قبض؛ لأنه لما قدمه، فقد رضي ببقاء حقه في ذمة المكاتب، فعلى هذا يعتق نصيب القابض.

وفي السراية ما ذكره الأكثرون.

وعن غيره رحمهم الله: أن الآذن يشارك القابض؛ لأن ما قبضه كسب عبدهما، وإنما تبرع الآذن بالتقديم لا بالتمليك، فلا يخلص له المقبوض، فعلى هذا لهما تعجيزه وإرقاقه. والله أعلم.

قال رحمه الله:

(فرع: لو ادّعى أنه وفّاهما النُّجوم، فصدَّقَ أحدُهما وكذَّبَ الآخر، وحَلَف، فله أن يُشارِكَ المُصدِّقَ فيما أقرَّ بقبضِه، وله أن يطالبَ المكاتَبَ إن شاءَ بتمامِ نصيبِه، ثم لا يَرجعُ المُصدَّقُ على المكاتَبِ فيما أخذَ منه ولا المكاتَبِ على المصدَّق).

قد مرّ أنّ الشريكين إذا كاتبا عبدهما المشترك، فادّعى «أنه وفاهما النجوم»، فصدّقه أحدهما وكذّبه الآخر[2]، أنّ المكذّب مصدّق بيمينه، فإذا حلف بقيت الكتابة في نصيبه، وهو بالخيار بين أن يشارك المصدّق فيما أقرّ بقبضه فيأخذ نصيبه، ويطالب العبد

---

(١) «الوسيط» للغزالي (٧/ ٥٢٩).

(٢) في (ي) و(ز) و(ظ): (الآخران).

بالباقي، وبين أن يطالب المكاتب بتمام نصيبه؛ لأن كسبه متعلق حقهما بالشركة، فله أن يشارك المصدّق فيما أخذ.

وذكر القاضي ابن كجّ: أنّ هذا التخيير مبني عند بعض الأصحاب على أنه لا يجوز أن ينفرد أحد الشريكين بكتابة نصيبه.

فأما إذا جوّزناه، فلا يأخذ من الشريك شيئاً، وإنما يطالب المكاتب بجميع حصته، وهذا يرخص في إعلام قوله في الكتاب: (فله أن يشارك المصدّق) بالواو.

والظاهر: ثبوت الخلاف(١) على القولين؛ لأنا وإن جوزنا انفراد أحدهما بالكتابة، فإذا كاتبا معاً، فليس لأحدهما أن ينفرد بأخذ شيء من كسبه.

قال ابن الصباغ: وإنكاره قبض الشريك لا يمنعه من الرجوع عليه؛ لأنه أقرّ بالقبض، وربما قبض وهو لا يعلم.

ثم إذا أخذ المكذّب حصته منهما أو من العبد وحده، عتق باقيه، ولا يرجع المصدّق إن أخذ منهما بشيء على العبد؛ لاعترافه بأنه مظلوم، ولا يرجع المظلوم على غير ظالمه.

وكذلك لا يرجع العبد على المصدّق بما يأخذ منه.

ولا تقبل شهادة المصدّق على المكذّب؛ لأنه متهم بدفع مشاركته فيما أخذ.

* * *

(١) في (ز): «التخيير». (م ع).

قال:

(السادسة: لو كاتبَ عبدَينِ بشَرطِ أن يتكفَّلَ أحدُهما بنصيبِ الآخر، فَسَدَ العقد. ولو تكفَّلَ بغيرِ شرطٍ لم يَصحّ؛ لأن النُّجومَ ليسَت بلازمةٍ فكيفَ يَضمَن، فلو تَبرَّعَ أحدُهما بتَسليمِ نجومِ الثاني وقُلنا: لا يجوزُ التَّبرُّعُ مع الإذن، فللمُؤدّي أن يَستَرِدَّ قبلَ أن يَعتق، والنّصُّ أنه لا يَستَرِدُّ بعدَ العتق. ونصَّ أنه لو عفا عن أرشِ جنايةٍ ثبتَ له على السَّيد، وقُلنا: لا يَصحُّ، فله طلبُه بعدَ العتق، فقيلَ: في المسألتَينِ قولانِ مبنيّانِ[1] على أن تَبرُّعَ المُفلِس، إذا لم يَنفُذ لأجلِ الدَّين، فلو سَقَطَ الدَّينُ بالإبراءِ فهل يَنفُذُ الآن؟ فيه قولان).

إذا كاتب عبدين فصاعداً، وشرط أن يتكفّل بعضهم عن بعض بالنجوم، فسدت الكتابة؛ لأنه شرط فاسد، فإن مال الكتابة غير لازم، وضمانه غير صحيح.

ولو ضمن بعضهم عن بعض بغير شرط، لم يصح.

وحكى القاضي ابن كج رحمه الله قولاً آخر: أنّ الكتابة لا تفسد بالشرط المذكور، ونسبه الإمام[2] رحمه الله إلى القديم.

ووجهه بأنّ هذا الضمان من مصلحة العقد، فإن السيد قد يريد ارتباط بعضهم ببعض ليتعاونوا على الاكتساب، فلا يفسد العقد باشتراطه، ويصحّ ضمان بعضهم عن بعض في هذه الصورة؛ للحاجة والمصلحة كضمان الدرك. والظاهر الأول.

---

(١) في (ز): (في المسألة قولان بالنقل والتخريج ينبنيان).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٣٥٦).

وكذلك لو كاتب عبده بشرط أن يضمن عنه فلان، لم تصح الكتابة.

وليعلم للقول الذي نقلناه قوله في الكتاب: (فسد العقد) بالواو.

ويجوز أن يعلم بالحاء والميم أيضاً؛ لأن عن أبي حنيفة ومالك[١] رحمهما الله: أنه إذا كاتب عبدين فصاعداً، فكلّ واحد منهم ضامن عن الآخر، وإن لم يوجد تصريح بالضمان، وعلى كلّ واحد أداء الجميع إذا طلبه السيد، فإذا أدّى عتقوا، ورجع على[٢] أصحابه بحصصهم.

وعن مالك رحمه الله: أنه إذا امتنع بعضهم عن الاكتساب، كان للآخرين إخباره، وأنه لو أعتق السيد أحدهم وهو غير كسوب، لم ينفذ عتقه؛ لأن فيه إضراراً بالآخرين.

وإذا ثبت التضامن[٣] من غير شرط فعند الاشتراط أولى.

واحتجّ الأصحاب: بأن الكتابة عقد معاوضة، فإذا كان في أحد طرفيها أكثر من واحد، لم يلزمه[٤] عند الإطلاق جميع المال، كالبيع وغيره.

ولو أدّى بعض المكاتبين عن بعض بلا شرط ولا ضمان، أو كاتب عبدين في عقدين[٥]، فأدّى أحدهما عن الآخر، نظر: إن أدّى بعدما عتق، جاز، فإن أداء الدين عن الغير[٦] جائز، ثم إن أدّى بإذنه رجع عليه، وإلا فلا.

---

(١) انظر «الهداية» (٣/ ٢٦٣)، و«مختصر خليل» ص٢٩٧.

(٢) في (أ): (عن).

(٣) في (أ): (الضمان).

(٤) في (ز): (يلزم).

(٥) قوله: (في عقدين) ليس في (ظ).

(٦) في (ي): (الغرماء).

وإن أدّى قبل العتق، فهو تبرع، وتبرع المكاتب بغير إذن سيده غير جائز، وبإذنه فيه قولان يأتيان من بعد إن شاء الله تعالى.

فإن لم يعلم السيد بأنه يؤدّي عن غيره، بأن ظنّ أنه كسب المؤدّى عنه، وأنه يؤديه[1] بإذنه، فهو تبرع بغير إذن السيد.

وإن علم الحال، فوجهان:

أظهرهما: أنه تبرع بالإذن، وأخذه عن علم بالحال قائم مقام صريح الإذن.

والثاني ـ وهو اختيار صاحب «التهذيب»[2] ـ: أنه لا يجعل ذلك إذناً، بل لا بد من التصريح بالإذن.

فإن صححنا الأداء، لم يرجع المؤدّي على السيد، ويرجع على المؤدّى عنه إن أدّى بإذنه، ولا يرجع إن أدَّى بغير إذنه.

وإذا ثبت له الرجوع عليه، فإن كان قد عتق فذاك، وإلا فيأخذه مما في يده ويقدم على النجوم؛ لأنه لا بدل له ولحق السيد بدلٌ عن التعذر[3] وهو رقبة العبد. ولأن دين الراجع لازم لا يمكن إسقاطه، والنجوم يمكن إسقاطها بأن يعجّز المكاتب نفسه.

وإن لم نصحح الأداء، فلا رجوع للمؤدّي على المؤدَّى عنه، ولكنه يسترد من السيد ما دفعه إليه ما لم يعتق، والسيد يطالب المؤدّى عنه بما عليه.

فإن حلّ نجم على المؤدِّي، وقع في التقاص.

وإن لم يسترد من السيد حتى أدّى النجوم وعتق، فالنص: أنه لا يسترد حينئذ.

---

(١) في (أ): (يؤدّي).

(٢) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٤٢٥).

(٣) في (ي): (العذر) وفي (ز): (عند العذر).

ونصّ فيما إذا جنى السيد على مكاتبه فعفا عن الأرش الثابت له على السيد، وأبطلنا العفو بناء على رد تبرعاته، ثم عتق: أن له أخذ الأرش.

فقال أكثر الأصحاب رحمهم الله: في الصورتين قولان، وأطلق مطلقون في المسألة وجهين من غير تعرض[1] للنصين:

أحدهما: أنه لا يأخذ شيئاً؛ لأن المانع من صحة تبرعه الرّقّ وخوف فوات العتق، وقد ارتفع هذا المانع.

والثاني: يأخذ[2]؛ لأن أداءه وعفوه لم يصح حينئذ، فلا ينقلب صحيحاً بزوال الرقّ.

وبني الخلاف على القولين في تصرّفات المفلس أهي باطلة أو موقوفة؟ إن أبطلناها، فالأداء والعفو باطلان. وإن قلنا هي موقوفة، فالأداء والعفو موقوفان، فإذا عتق بان صحتهما[3].

ولو كاتب رجلان كلّ واحد منهما عبده، ثم أدّى أحدهما عن الآخر بغير إذن السيد، لم يصح أداؤه، وإن أدّى بإذن السيد ففيه قولان.

وعن القفال: أنه إن انضمّ إذن المؤدّى عنه إلى إذن سيده، يصح بلا خلاف؛ لأنه يكون إقراضاً، والإقراض[4] بإذن السيد جائز بلا خلاف، فإن لم يصح[5] أداؤه فله الاسترداد، وإن عتق قبل الاسترداد ففيه الخلاف.

---

(١) في (أ): (تعريض).

(٢) في (ز): (يأخذه).

(٣) في (أ): (صحتها). وانظر «الوجيز» (١/ ١٧٠).

(٤) قوله: (الإقراض) ليس في (أ).

(٥) في (أ): (يصحح).

قال رحمه الله:

(فرع: لو كانا متفاوتَي القيمة، فقالَ الخَسيس: أَدَّينا النُّجومَ على عَدَدِ الرُّؤوس، وقال الآخر: بل على قَدرِ النُّجوم، وكانا قد جاءا به معاً، فالصَّحيح: أنّ القولَ قولُ من يدَّعي الاستواء؛ لأنه في أيديهما).

المكاتبون دفعة واحدة، إذا اختلفوا فيما دفعوه إلى السيد، فقال من قلّت قيمته: «أدينا النجوم على عدد الرؤوس»، وقال من كثرت قيمته: «بل على أقدار القيم»، فقد نصّ في «المختصر»[1] على أن القول قول من قلَّت قيمته.

وعن نصه رضي الله عنه في موضع آخر: أنّ القول قول من كثرت قيمته.

وفيهما طريقان للأصحاب رحمهم الله:

أظهرهما: أن فيه قولين:

أصحهما: أن القول قول من قلّت قيمته؛ لأن ما وزنوه[2] وسلموه كان في أيديهم، وصاحب اليد يصدق في[3] أن ما في[4] يده ملكه[5].

والثاني: أن القول قول من كثرت قيمته؛ لأن الظاهر من حال من عليه دين، أن لا يزيد على أداء ما عليه.

والثاني: تنزيل النصين على حالين:

---

(١) انظر: «المختصر» ص٣٢٤.

(٢) في (ي): (ما وروه).

(٣) لفظة: (في) ليست في (أ) و(ي).

(٤) لفظة: (في) ليست في (أ).

(٥) انظر: «الروضة» (١٢/ ٢٦٦).

فحيث قال: القول قول من قلت قيمته، أراد ما إذا أدّوا بعض المال، وكان المؤدّي بحيث لو وزع على عدد رؤوسهم لم يخصَّ واحداً منهم أكثر مما عليه.

وحيث قال: القول قول من كثرت قيمته، أراد ما إذا أدّوا الجميع، والذي قلّت قيمته يدّعي أنه أدّى أكثر مما عليه، وأن ذلك وديعة له عند السيد، أو قرض على كثير القيمة، فيطالب بالبينة.

وربما قيل: إن كان الخلاف فيما سوى النجم الأخير، فيصدَّق من قلّت قيمته؛ لأنه قد يؤدِّي زيادةً، ليحتسب بها عن النجم الأخير.

وإن كان في النجم الأخير، وأراد استرداد شيء، فيحتاج إلى البينة.

وقطع القاضي ابن كجّ فيما إذا كان الخلاف فيما سوى النجم الأخير، بتصديق القليل القيمة، وأثبت قولين فيما إذا كان الخلاف في النجم الأخير[1].

وأجرى القاضي الروياني الخلاف فيما لو اشترى اثنان شيئاً على التفاوت، وأدّيا الثمن، واختلفا في أنهما أدّيا على التفاوت أو التساوي.

وقوله في الكتاب: (وقال الآخر: بل على قدر النجوم)، يعني: نجوم كلّ واحد منهما، وهو راجع إلى العبارة التي سبقت، وهي أقدار القيم؛ لأنّ المسمّى موزَّع على قدر القيم على الصحيح، كما تقدم.



---

(١) من قوله: (بتصديق القليل القيمة) إلى هنا ليس في (ظ).

قال:

(السابعة[١]: في النِّزاع: وله صور:

إحداها[٢]: أن يختلفَ السَّيدُ والعبدُ في أصلِ الكتابةِ أو أصلِ الأداء، فالقولُ قولُ السَّيد، وتثبتُ دعوى العبدِ بشاهدٍ وامرأتَينِ في الأداء، وهل تثبتُ[٣][٤] دعوى الكتابةِ ودعوى النَّجمِ الأخيرِ الذي يَتعلَّقُ به العِتق، فيه وجهان).

إذا ادّعى العبد على السيد: «أنك كاتبتني»، فأنكر، فهو المصدّق بيمينه، وكذا لو ادّعى على وارثه بعد موته «أن مورّثك كاتبني»، فأنكر، ويحلف الوارث على نفي العلم.

ولو قال السيد: «كاتبتك وأنا مجنون» أو «محجور عليّ[٥]»، وقال العبد: «بل كنت في حال الكمال»، فإن عُرف للسيد جنون أو حجرٌ فهو المصدَّق، وإلا فالمصدّق العبد. ولو قال السيد: «كاتبتك»، وأنكر العبد، ففي «كتاب القاضي ابن كج»: أنه إن لم يعترف بأداء المال، فيعود إلى الرقّ، ويجعل إنكاره تعجيزاً لنفسه. وإن قال السيد: «وأدّيت المال، وعتقت»، فهو حرّ بإقرار السيد.

---

(١) في (ظ): (المسألة السابعة).

(٢) في (ي) و(ظ): (الأولى).

(٣) في جميع النسخ: (ولا تثبت). والذي أثبتناه (وهل تثبت) هو الذي ورد في «الوجيز» (٢/ ٢٩١)، وهو الصحيح، لاستقامة المعنى. والله أعلم.

(٤) ورد في (ظ): (في الأداء، ونصّ أنه لو عفى عنه أرش ثبت له على السيد، وقلنا لا يصح، فله طلبه بعد العتق).

(٥) (أو محجور عليه): هكذا في جميع النسخ، ولعلّ الصحيح: (محجورٌ عليَّ) كما هو ثابت في «الرّوضة» (١٢/ ٢٦٧)، و«العزيز» المطبوع (١٣/ ٥٢٩)، حتى يستقيم المعنى.

فإن قال العبد: «الذي دفعته إليك لم يكن لي، إنما هو وديعة زيد»، وادعاه زيد، صُدِّقَ.

ولو اختلفا في أداء المال، فالمصدّق السيد.

فإن أراد المكاتب أن يقيم بينة على الأداء، أمهل ثلاثة أيام. وذكر وجهان في أن هذا الإمهال واجب أو مستحب؟

ولا تثبت دعوى الكتابة بشاهد وامرأتين، ولا بشاهد ويمين؛ لأن مقصودها في الحال ملك[(١)] اليد والتصرف، وفي المال العتق، فلا بد من ذَكَرين[(٢)] عدلين.

ويشترط التعرض[(٣)] للتنجيم، ولمقدار كل نجم وميقاته في الشهادة.

وتثبت دعوى الأداء بشاهد ويمين، وبرجل وامرأتين؛ لأن مقصودها المال. هذا في غير النجم الأخير.

وفي النجم الأخير الذي يتعلق به العتق، وجهان، أظهرهما: أن الجواب كذلك؛ لأن المقصود المال، إلا أنه يتضمن العتق.

وشُبِّه ذلك بما إذا ادّعى على رجل «أنه باع منه أباه، وعتق عليه»، وأقام شاهداً وامرأتين، يثبت البيع ويتبعه العتق، وقد مرت المسألة مرّة في الشهادات.

فرع:

حكى القاضي الروياني في «الكافي»: أنا إذا أمهلناه ثلاثة أيام ليأتي بالبينة على الأداء، فأحضر شاهداً بعد الثلاثة، واستنظر ليأتي بالشاهد[(٤)]، ينظر ثلاثة أخرى.

---

(١) قوله: (ملك) ليس في (ز).

(٢) في (ظ): (ذكر).

(٣) في (ز): (التعريض).

(٤) في «روضة الطالبين» (١٢/ ٢٦٧): «ليأتي بالثاني». (م ع).

قال رحمه الله:

(الثانية: إذا تنازَعا في قَدرِ النُّجومِ أو الأجلِ أو جنسِ النُّجوم، تحالفا، وتفاسَخا، وإن كانَ العِتقُ قد حَصَلَ بالاتّفاق، ففائدةُ الفَسخِ الرُّجوعُ إلى قيمةِ الرّقبة).

إذا اختلفا في قدر النجوم أو عددها أو جنسها أو صفتها، أو في قدر الأجل، ولا بينة لواحد منهما، تحالفا؛ لأنهما اختلفا في عوض العقد القائم بينهما أو في كيفيته، فيتحالفان كما في البيع وغيره.

وعن أبي حنيفة[١] رحمه الله: أن القول قول المكاتب.

وعن أحمد[٢] رحمه الله ثلاثة روايات: إحداها: كقولنا. والثانية: كقول أبي حنيفة. والثالثة: أن القول قول السيد.

ثم القول فيمن يبدأ به عند التحالف، وفي كيفية اليمين، على ما مرّ في البيع[٣].

وإذا تحالفا، نُظِر: إن لم يحصل العتق باتفاقهما، بأن لم يقبض السيد شيئاً، أو لم يقبض جميع ما يدعيه، أو كان الاختلاف في الجنس، وقد قبض الجنس الذي يدعيه[٤]

---

(١) عدم التحالف عند أبي حنيفة فقط، أما الصاحبان ـ محمد وأبو يوسف ـ قالا: يتحالفان، وتنفسخ الكتابة. انظر: «الهداية» (٣/ ١١٦).

(٢) انظر: «المغني» (١٤/ ٥٥٢).

(٣) انظر: «الوجيز» (١/ ٣٤ - ٣٥).

(٤) من قوله: (أو كان الاختلاف في الجنس) إلى هنا ليس في (ظ).

العبد دون ما يدعيه[١]، فتنفسخ الكتابة، أو يفسخها الحاكم، إن لم يتراضيا على شيء، فيه ما سبق في البيع. والظاهر[٢] الثاني.

وإن حصل العتق باتفاقهما، بأن قبض السيد ما يدعيه بتمامه، وزعم العبد أن الزيادة على القدر الذي يعترف به، أودعها عنده[٣] فلا مردّ له، ولكن[٤] يتراجعان، فيرجع السيد على المكاتب بقيمته، والمكاتب بما أدّى، وقد يقع في التقاص.

ولو قال السيد: «كاتبتك على نجم واحد»، وقال العبد: «بل على نجمين»، قال في «التهذيب»[٥]: القول قول السيد مع يمينه؛ لأنه يدّعي فساد العقد[٦].

ولو أقام العبد بينة على أنه «كاتبه في رمضان سنة كذا، على ألف»، وأقام السيد بينة على «أنه كاتبه في شوال تلك[٧] السنة، على ألفين»، فإن اتفقا على أن الكتابة كانت واحدة، فكل واحدة[٨] منهما مكذبة للأخرى، فتسقط البينتان، ويتحالفان.

وإن لم يتفقا على الاتحاد، فالبينة المتأخرة أولى؛ لأنه ربما كاتب في رمضان، ثم ارتفعت تلك الكتابة وأحدث[٩] كتابة أخرى. والله أعلم.

---

(١) في (ز): (ما يدعيه السيد).
(٢) قوله: (الظاهر) ليس في (أ).
(٣) في (أ) و(ي): (عبده).
(٤) قوله: (لكن) ليس في (ز).
(٥) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٤٣٢).
(٦) في (ز): (العين). قال النووي في «الروضة» (١٢/ ٢٦٨): «... ينبغي أن يكون على الخلاف فيما لو اختلف المتبايعان في مفسد للبيع».
(٧) في (أ): (ذلك).
(٨) في (أ): (واحد).
(٩) في (أ): (فأحدثت)، وفي (ي): (فأحدث).

قال:

(الثالثة: لو ماتَ مكاتبُه وله ولدٌ من مُعتقة، فقال: إنه أدَّى النُّجومَ[١] وعتقَ قبلَ الموت، وجرَّ إليَّ ولاءَ ولدِه، فالقولُ قولُ موالي الأمِّ؛ لأن الأصلَ بقاءُ الولاءِ لهم).

ولد المكاتب من زوجته المعتقة حُرّ، وولاؤه لمواليها، فإن عتق المكاتب، انجرّ الولاء إلى مواليه، على ما سبق في جرّ الولاء.

فلو مات المكاتب، واختلف مولاه وموالي أم أولاده، فقال مولاه: «عتق بأداء[٢] النجوم، ثم مات وجرّ إليّ ولاء أولاده»، وأنكر مواليها، فهم المصدّقون باليمين، وعليه البينة. وهل يكفي شاهدٌ وامرأتان، أو شاهد ويمين؟ فيه خلاف[٣] في أن النجم الأخير هل يثبت بذلك؟

ويدفع مال المكاتب إلى ورثته الأحرار؛ لإقرار السيد بأنه مات حراً.

ولو أقرّ السيد في حياة المكاتب «بأنه أدى النجوم[٤]»، عتق، وجرّ إليه ولاء ولده.

* * *

(١) قوله: (إنه أدى النجوم) ليس في (أ).

(٢) قوله: (بأداء) ليس في (ز).

(٣) في (ز): (الخلاف).

(٤) في (ز): (النجم).

قال:

(الرابعة: كاتبَ عبدَين، وأقرَّ بأنه قَبضَ نجومَ أحدِهما، ونكلَ عن دعوى[١] الثّاني حتى حلفَ الثّاني، عتقَ العبدانِ جميعاً. وإن ماتَ قبلَ البيان، حَلفَ الوارثُ على نفيِ العلمِ بما عناه[٢] المُورِّث، ثم بعدَ ذلك يُقرَعُ[٣] بينَهما على قول، ولا يُقرَعُ على قولٍ؛ لأنه استبهامٌ في دَين).

إذا كاتب عبدين في صفقتين، أو في صفقة واحدة وجوّزناها، ثم أقرّ «بأنه استوفى نجوم أحدهما»، أو «أنه أبرأ أحدهما عما عليه»، فيؤمر بالبيان، فإن قال: «نسيته»، أمر بالتذكر.

ولا يقرع بينهما ما دام حياً؛ لأن الإنسان قد يتذكر ما نسي ويتبين له ما اشتبه عليه، وذلك أقرب إلى الحق من القرعة.

وفي «كتاب القاضي ابن كجّ» رحمه الله، وجه: أنه يقرع بينهما وإن كان حياً، كما سنذكر أنه يقرع بعد موته. والصحيح الأول.

وإذا بيّن أحدهما، فإن صدّقه الآخر فذاك. وإن كذّبه وقال: «استوفيت مني»، أو «أبرأتني»، فله تحليف السيد، فإن حلف بقي على الكتابة إلى أداء النجوم، وإن نكل حلف المكذِّب، وعتق أيضاً.

قال الروياني في «الكافي»: وإن لم يتذكر، حلف لهما إذا ادّعياه، وإذا حلف ففيه وجهان:

أحدهما: أنهما يبقيان على الكتابة، ولا يعتق واحد منهما إلا بأداء النجوم.

---

(١) في (أ): (عن يمين دعوى).

(٢) في (أ) و(ي): (عماه).

(٣) في (أ): (ذلك المدعي يقرع).

و**الثاني**: أن الدّعوى تتحوّل[١] إلى المكاتبين، فإن حلفا على الأداء أو نكلا بقيا على الكتابة، وإن حلف أحدهما دون الآخر حكم بعتق الحالف، وبقي الناكل على الكتابة.

ولو أنه لما بيَّن أحدهما، قال[٢] الآخر: «عنيتني بالإقرار الذي أبهمته»، ولم يقل: «استوفيت» أو «أبرأت»، فقد قال الإمام[٣]: الأصح أن دعواه مردودة على هذا الوجه؛ لأنه ليس يدعي حقاً ثابتاً، وإنما يدعي إخباراً قد يكون صدقاً وقد يكون كذباً. وقد سبق نظير هذا في الدعاوى.

وإن مات قبل البيان، فما الحكم؟ ساق الإمام[٤] وصاحب الكتاب طريقة، والأكثرون رحمهم الله طريقة أخرى، وبين الطريقتين بعض الاتفاق، وبعض الاختلاف.

أما طريقتهما: فهي أن لكل واحد من المكاتبين أن يدعي على الوارث: «توفية النجوم إلى المورّث» أو «إبراءه»، وأن يحلفه على «نفي العلم».

فإذا حلف، فهل يقرع بينهما؟ فيه قولان:

أحدهما: لا؛ لأنه استبهام دين، فهو كما لو قال: «استوفيت كذا من أحد غريميّ» ومات قبل البيان، ولم يبين الوارث، لا يقرع بينهما.

و**أشهرهما وأصحهما**[٥] على ما ذكر الإمام[٦] رحمه الله: أنه يقرع لحقّ العتق الذي يتضمنه الاستيفاء، فهو كما لو أبهم العتق بين عبدين.

---

(١) في (ظ): (تتحمل).

(٢) في (ز): (وقال).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٣٩١).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٣٩١).

(٥) انظر: «الروضة» (١٢/ ٢٦٩).

(٦) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٣٩١).

ثم إنه ـ مع ترجيحه هذا القول ـ ذكر إشكالاً عليه: أن المستوفى منه حرّ على التعيين، ومن أعتق أحد العبدين بعينه ثم أشكل الحال فلا إقراع، وإنما الإقراع فيما إذا أعتق المريض عبيداً واقتضى الشرع قصر العتق على بعضهم، وفيما إذا أعتق أحد العبدين أو العبيد ولم يُعيِّن واحداً بلفظه[١] ولا بقلبه.

وانفصل عن الإشكال، بتخريجه على قولين سبق ذكرهما فيما إذا أعتق المريض عبداً بعد عبد، فاستبهم المتقدّم منهما.

وهما كالقولين في نظير المسألة من[٢] الجمعتين والنكاحين، وأجريا حيث علم التعيين، وليس عن الوصول إلى دركه، فالإقراع هاهنا تفريع على أحد القولين.

ولك أن تمنع قوله أنه[٣] لا إقراع فيما إذا أعتق عبداً بعينه، وأشكل الحال، فتقول[٤]: قد سبق في العتق، أنه إذا أعتق أحد عبديه وأراد معيناً، ومات قبل البيان، ولم يكن له وارث، أو قال الوارث: «لا أعلم»، فالظاهر: أنه يقرع.

فإن قلنا: يقرع، فمن خرجت له القرعة، فهو حرّ، وعلى الآخر أداء النجوم. وإن قلنا: لا يقرع، قال الإمام[٥]: الذي يقتضيه القياس: التوقف إلى اصطلاحٍ[٦] أو بيانٍ أو قيام بينة. وينقدح أن يقال: للوارث أن يعجّزهما، فإنهما ممتنعان عن الأداء، وأحدهما مكاتب، فينفذ[٧] التعجيز فيه[٨]، وحينئذ فأحدهما حر، والآخر رقيق، فيقرع.

---

(١) في (أ): (يعتق واحداً بعينه).

(٢) في (ي): (في).

(٣) في (أ): (لأنه).

(٤) في (أ): (وتقول).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٣٩٢).

(٦) في (أ) و(ظ): (الاصطلاح).

(٧) في (ز): (فيفيد).

(٨) قوله: (فينفذ التعجيز فيه) ليس في (ظ).

وأما طريقة الأكثرين، فقد قالوا: إذا مات قبل البيان ففيه قولان:

أحدهما: أنّ الوارث لا يقوم مقامه في البيان، بل يقرع، فمن خرجت له القرعة فهو حر، وعلى الآخر أداء النجوم، وله تحليف الوارث على نفي العلم.

والثاني: أن الوارث يقوم مقامه، ولا قرعة، وإذا تبين، فالحكم كما سبق في بيان المورث[١]، إلا أن الوارث يحلف على «نفي العلم»[٢]. وهذا أشبه بالترجيح، على قياس ما تقدم فيما إذا أعتق أحد عبديه وأراد معيناً ومات قبل البيان.

فإن قال الوارث: «لا أعلم من أدّى منهما»، فلكلّ واحدٍ تحليفه على «أنه لا يعلم أنه أدّى». فإذا حلف لهما، فوجهان:

أحدهما: أنه يستوفي من كلّ واحدٍ ما عليه، كما إذا أقرّ «بأنّ أحد غريميه بريء مما كان عليه»، ومات قبل البيان، وحلف الوارث لكلّ واحد منهما، فإنه[٣] يستوفي الدَّينين جميعاً.

وحكى ابن الصباغ رحمه الله: توقف العتق على أن يؤدّي كلّ واحدٍ جميع ما عليه. قال: وعندي، إن استوى المالان فقالا: «نؤدّي ما على أحدنا»، أو اختلفا فقالا: «نؤدي الأكثر؛ ليعتق»، كان لهما ذلك؛ لأنهما بأدائه قد أدّيا جميع ما عليهما.

الوجه **الثاني** ـ وبه قال القاضي أبو الطيب ـ: أنه إذا قال الوارث: «لا أعلم»، يقرع بينهما. وقال الروياني: وهذا أصحّ.

---

(١) في (ي): (الوارث).

(٢) من قوله: (والثاني أن الوارث يقوم مقامه) إلى هنا ليس في (أ).

(٣) في (أ): (أنه).

ولو أقرّ «باستيفاء بعض نجوم أحدهما»، ولم يُبيِّن، فلا قرعة؛ لأن العتق لا يحصل به، بل يوقف الأمر.

ولو ادّعى أحد المكاتبين على الورثة «الأداء» أو «الإبراء»، فأنكر، حصل بإنكاره الإقرار للآخر. قاله الصيدلاني[١].

وقوله في الكتاب: (ونكل عن دعوى الثاني)، في بعض النسخ: (عن يمين الثاني)، وهو الأولى، والأول مؤول.

وقوله: (حتى حلف الثاني)، في بعض النسخ: (حتى حلف المدعي)، وهما صحيحان.

وقوله: (بما عماه[٢] المورث[٣])، في بعضها: (بما عناه المورث)، وهما صحيحان[٤] أيضاً.

فروع[٥] عن «التهذيب»[٦]:

ولو قال السيد: «استوفيته»، أو قال العبد: «أليس قد وفيتك؟»، فقال: «نعم»، ثم قال المكاتب: «وفيت الجميع»[٧]، وقال السيد: «البعض»، فالمصدّق السيد، واللفظ يحتملهما جميعاً.

---

(١) قال النووي في «روضته» (١٢/ ٢٧٠): «هذا الذي قاله الصيدلاني فيما إذا قال في إنكاره: «لست المؤدّي»، أما إذا قال: «لا أعلم» ونحوه، فليس مقرّاً للآخر بلا شك. والله أعلم».

(٢) في (ز): (بما عناه).

(٣) في (أ): (الموت).

(٤) من قوله: (وقوله: بما عماه المورث) إلى هنا ليس في (ظ).

(٥) في (أ): (فرع).

(٦) انظر: «التهذيب» للبغوي (٨/ ٤٣٢-٤٣٣).

(٧) في (ي): (النجوم).

ولو وضع عن[١] المكاتب شيئاً من النجوم، واختلفا، فقال السيد: «وضعت من[٢] النجم الأول»، وقال المكاتب: «من الآخر»، أو قال: «وضعت بعض النجوم»، وقال المكاتب: «بل جميعها»، فالمصدق بيمينه السيد[٣].

وإذا كاتبه السيد على «ألف درهم»، فوضع عنه «عشرة دنانير»، لم يصح، فإن قال: «أردت قيمة عشرة دنانير من الدراهم»، صح.

فلو اختلفا، فقال المكاتب: «أردت المعنى الثاني»، وأنكر السيد، فهو المصدّق؛ لأنه أعرف بنيته.

ولو وضع عنه من الدراهم ما يقابل عشرة دنانير، وهو مجهول عندهما، ففي صحته وجهان؛ بناء على الخلاف فيما إذا أوصى بالزيادة على الثلث، وأجاز الوارث وهو جاهل بالزيادة:

ففي وجه: لا تصح.

وفي وجه: تصح، ويحمل على أقلّ ما يتيقّن.

* * *

(١) في (أ): (على)، وفي (ي): (من).
(٢) في (ي): (مني).
(٣) من قوله: (ولو وضع عن المكاتب) إلى هنا ليس في (ظ).

قال رحمه الله:

(الحكم الثالث: حكمُ التصرُّفات:

إما من السَّيدِ أو من[1] العبد:

أما من السَّيد[2]، فلا يَصحُّ بيعُه رقبةَ المكاتَبِ على الجديد، وفي القديمِ: يبيعُه ويبقى مكاتباً، ولا يَبيعُ النُّجوم؛ لأنه بيعُ دينٍ غيرُ لازم، وفي الاستبدالِ عنها وجهان. فلو قبضَ مشتري[3] النُّجوم، فهل يَعتِق؟ فيه[4] وجهان، فإن قُلنا يَعتِقُ وكانَ[5] المشتري وكيلَه، فيرُدُّ عليه).

الغرض الآن: الكلام في تصرفات السيد في المكاتب وما يتعلق به، وفي تصرفات المكاتب. أما القسم الأول: ففي الفصل منه مسألتان:

إحداهما: في بيع السيد رقبة المكاتب قولان:

الجديد: منعه[6]، وبه قال أبو حنيفة[7] ومالك[8] رحمهما الله؛ لأن الكتابة عقد يمنع من استحقاق الكسب، وأرش الجناية، فيمنع البيع، كما لو باع عبداً

---

(١) قوله: (من) ليس في (أ) و(ي).

(٢) قوله: (أما من السَّيد) ليس في (ي).

(٣) في (أ): (المشتري).

(٤) في (أ): (عنه).

(٥) في (أ): (فكان).

(٦) انظر: «الوجيز» (٢/ ٢٩٢)، و«الوسيط» (٧/ ٥٣٢)، و«التهذيب» (٨/ ٤٥٦)، و«الروضة» (١٢/ ٢٧١)، و«مغنى المحتاج» (٤/ ٥٢٧).

(٧) انظر: «الهداية» (٣/ ٢٥٤).

(٨) انظر: «مختصر خليل» ص٢٩٧، وانظر: «الموطأ» (٢/ ٧٩٧).

مـن إنسـان لا يجوز له بيعـه، ولأن البيع إما أن يرفع الكتابة وهـو باطل؛ لأن الكتابة لازمـة من جهة السـيد، أو لا يرفع فيبقى مسـتحق العتاقة، فوجـب أن لا يصح بيعه كالمستولدة.

والقديم: الجواز، وبه قال أحمد[١] رضي الله عنه، كبيع المعلَّق عتقه بصفة، ويحتج له بحديث بريرة رحمها الله، فإنها «استعانت بعائشة رضي الله عنها في كتابتها، فقالت: «إن باعوك صببت لهم ثمنك صباً»، فراجعتهم، فأبوا أن يبيعوها إلا أن يكون الولاء لهم... الحديث»[٢].

ومن قال بالجديد، قال: إنها عجّزت نفسها، ثم اشترتها عائشة رضي الله عنها.

وفي «جمع الجوامع» للقاضي الروياني: أن من الأصحاب من قطع بالمنع، وأنكر القول الآخر.

فليعلم لذلك قوله في الكتاب: (وفي القديم) بالواو. وقوله: (يبيعه[٣]) بالحاء والميم.

وقوله: (فلا يصح) بالألف.

وهبة المكاتب كبيعه: فإن قلنا بالجديد، فلو دفع النجوم إلى المشتري بعد البيع، فهل يعتق؟ فيه الخلاف الذي نذكره فيما لو دفع النجوم إلى مشتري النجوم في المسألة الثانية. فإذا استخدمه المشتري[٤] مدة، لزمته أجرة المثل للمكاتب.

---

(١) انظر: «المقنع» ص٢٠٣، و«المغني» (١٤/ ٥٣٥).

(٢) الحديث متفق عليه من حديث عائشة رضي الله عنها، وقد سلف (٦/ ٢٣).

(٣) في (أ): (يتبعه).

(٤) قوله: (المشتري) ليس في (ز).

وهل على السيد أن يمهله المدة التي كانت في يد المشتري؟ فيه قولان، كما في استخدام السيد وحبسه إياه[١].

وإن قلنا بالقديم، فهل ترتفع الكتابة؟ نقل في «التهذيب»[٢] وجهاً: أنها[٣] ترتفع.

والظاهر: أنها لا ترتفع، وينتقل إلى المشتري مكاتباً، وعلى هذا فوجهان:

أحدهما: أنه إذا عتق[٤] بأداء النجوم إلى المشتري كان الولاء للبائع، ويكون انتقاله بالشراء كانتقاله بالإرث إلى الوارث.

وأظهرهما: أنه يكون الولاء للمشتري إذا عتق بالأداء إليه، بخلاف الوارث فإنه ينوب عن المورث[٥] ويخلفه.

ولو كاتب كتابة فاسدة، ثم باع المكاتب، فسنذكر حكمه من بعد إن شاء الله تعالى.

ولو قال أجنبي لسيد المكاتب: «أعتق مكاتبك على كذا» أو «أعتقه عني على كذا» أو «مجاناً»، فهو كما لو قال: «أعتق مستولدتك»، وقد مرّ في الكفارات.

ولا يجوز للسيد بيع ما في يد المكاتب، ولا إعتاق عبيده، ولا تزويج إمائه.

الثانية: ليس للسيد بيع نجوم الكتابة على المكاتب؛ لأنه بيع ما لم يقبض، ولأنه بيع الدين من غير من عليه الدين[٦]، ولأن النجوم غير مستقرة، وإذا لم يصح بيع المبيع قبل القبض فبيع ما لا يلزم الملك فيه أولى. هذا هو المذهب المنصوص[٧].

---

(١) قوله: (إياه) ليس في (ي).

(٢) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٤٦٢).

(٣) في (أ) و(ي) و(ظ): (أنه).

(٤) في (أ): (أعتق).

(٥) في (أ): (الوارث).

(٦) قوله: (الدين) ليس في (أ).

(٧) انظر: «الوسيط» (٧/ ٥٣٢)، و«الروضة» (١٢/ ٢٧٢)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٥٢٧).

وعن مالك[١] رحمه الله: أنه يصح بيعها. وحكي مثله قول أو وجهٌ آخر، واختلف في كيفيته: فذكر ابن كج: أنه جوّزه في القديم، وأنّ الزعفراني[٢] حكى أنه رجع عنه في الجديد في مسائل عددها[٣].

ومنهم من أخذه من قولين محكيان عن تخريج ابن سريج في بيع سائر الديون، واعترض عليه بأن ذاك في الديون المستقرة، والنجوم بخلافها.

ومنهم من أخذه من تجويزه بيع المكاتب في القديم، وقد يُوجَّهُ بأنه على ذلك القول ينتقل مكاتباً، والحاصل للسيد النجوم، وكأنه[٤] اشترى النجوم.

وهل يجوز الاستبدال عنها؟ يرتب ذلك على جواز بيع النجوم، فإن جوّز بيعها جوّز الاستبدال عنها، وإلا ففي الاستبدال وجهان:

قال الإمام[٥]: وسبب الترتيب أن المبيع مقصود بالتملك، وما يستبدل عنه، فالمقصود عوضهُ وسقوط المستبدل عنه، ولذلك جاز الاستبدال عن الديون اللازمة بلا خلاف، واختلف القول في بيعها.

والأظهر: منع الاستبدال أيضاً، وهو المذكور في «التهذيب»[٦].

---

(١) انظر: «مختصر خليل» ص٢٩٧، و«الموطأ» (٢/ ٧٩٧).

(٢) هو الحسن بن محمد بن الحسين، أبو علي، المشهور بالزعفراني، منسوب إلى «زعفرانة» قرية قرب بغداد، كان إماماً في اللغة والحديث، وأحد رواة الأقوال القديمة عن الإمام الشافعي رضي الله عنه، توفي رحمه الله سنة تسع وخمسين ومئتين، وقيل: سنة ستين ومئتين. انظر ترجمته: «تهذيب الأسماء واللغات» (١٠/ ١٦٠)، و«طبقات الشافعية» للإسنوي (١/ ٢٧٠)، و«تهذيب التهذيب» (١١/ ٤٤٠).

(٣) في (أ) و(ي) و(ظ): (عدها).

(٤) في (أ): (فكأنه).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٤٥٥-٤٥٦).

(٦) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٤٣٠).

وإذا قلنا بظاهر المذهب ـ وهو أنه لا يجوز بيع النجوم ـ؛ فلو باع لم يجز للمكاتب تسليمها إلى المشتري، ولا للمشتري مطالبته بها.

ويحصل العتق بدفعها إلى السيد البائع، وهل يحصل بتسليمها إلى المشتري؟ قال في «المختصر»[(١)]: يحصل. وعن «الأم»[(٢)] منعه. وفيهما طريقان:

أظهرهما عند الأكثرين ـ وبه قال ابن سريج ـ: أن فيه قولين:

أحدهما: يحصل؛ لأن السيد سلطه على القبض، فهو كما لو وكّل بالقبض وكيلاً.

وأصحهما[(٣)]: المنع؛ لأنه يقبض لنفسه، حتى لو تلف في يده يضمنه، بخلاف الوكيل فإنه يقبض للموكّل.

والثاني ـ وبه قال أبو إسحاق ـ: أنهما محمولان على حالين:

فإن قال بعد البيع: «خذها منه»، أو قال للمكاتب: «ادفعها إليه»، صار وكيلاً، وحصل العتق بقبضه.

وإن اقتصر[(٤)] على البيع، فلا؛ فإنه فاسد، فلا عبرة بما يتضمنه.

ويقال: إن أبا إسحاق عرض هذا الفرق على ابن سريج فلم يعبأ به، وقال: إنه وإن صرح بالإذن فإنما يأذن بحكم المعاوضة، لا أنه ينيبه.

فإن قلنا: يعتق، فما أخذه المشتري يدفعه الي السيد؛ لأنا جعلناه كالوكيل له.

---

(١) انظر: «المختصر» ص٣٢٨.

(٢) انظر: «الأم» (٨/ ٧٠).

(٣) انظر: «الوسيط» (٧/ ٥٣٢)، و«التهذيب» (٨/ ٤٥٩)، و«الروضة» (١٢/ ٢٧٢)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٥٢٧).

(٤) قوله: (اقتصر) ليس في (أ).

وإن قلنا: لا يعتق، فالسيد يطالب المكاتب، والمكاتب يسترد ما دفع إلى[1] المشتري.

وأطلق صاحب الكتاب في قبض مشتري النجوم وجهين في أنه هل يعتق؟ والمشهور من الخلاف فيه: القولان على ما بينا، والله أعلم.

قال:

(وله معاملةُ العبدِ بالبيعِ والشِّراءِ وأخذِ الشُّفعةِ منه، وكذلكَ يأخذُ العبدُ منه، فإذا ثبتَ له على السَّيدِ دينٌ مثلَ النُّجومِ قدراً وجِنساً وقُلنا: يقعُ التَّقاصُّ فيَعتِق، لكن في تقاصِّ الدَّينَينِ المُتساويَينِ أربعةُ أقوال: أحدها: أنه لا يَحصلُ وإن رَضِياه. والثاني: أنه يَحصلُ إن رضي أحدُهما. والثالث: أنه لا يَحصُلُ إلا برضاهما. والرّابع: أنَّ التَّقاصَّ يقعُ بنفسِه دونَ الرِّضا، فإن أجرَينا التّقاصَّ في النَّقدَينِ ففي ذواتِ الأمثالِ وجهان وفي العروضِ وجهانِ مرتَّبان).

السيد في المعاملة مع المكاتب كالأجنبي مع الأجنبي[2]، فيبيع منه ويشتري، فإذا باع السيد شقصاً (من ربع)[3] والمكاتب شريك فيه فله الأخذ بالشفعة، وإن باع

---

(١) قوله: (إلى) ليس في (أ).

(٢) قوله: (مع الأجنبي) ليس في (ز).

(٣) (ربع) بالباء، هكذا في جميع النسخ، وفي «العزيز» المطبوع (١٣/ ٥٣٧): (ريع) بالياء، ولعله هو الصواب. والله أعلم.

[الصواب ـ والله أعلم ـ هو (من رَبْع) كما ورد أعلاه في كلام المصنّف رحمه الله تعالى، والمقصود به المنزل أو الدار، قال في «لسان العرب» (٨/ ٩٩) (ربع): «ورَبَع بالمكان يَرْبَعُ رَبْعاً اطمأَنَّ، والرَّبْع المنزل والدار بعينها، والوَطَنُ متى كان وبأَيِّ مكان كان وهو مشتق من ذلك، وجمعه أَرْبُعٌ ورِباعٌ ورُبُوعٌ وأَرْباعٌ، وفي حديث أُسامة قال له عليه السلام: «وهل تَرَكَ لنا عَقِيلٌ من رَبْعٍ؟»، وفي رواية: «من رِباعٍ؟»...» إلخ. (م ع)].

المكاتب فللسيد الأخذ بالشفعة، وإنما كان كذلك؛ لأن الغرض من الكتابة تحصيل العتق، والعتق يحصل بأداء المال، فينبغي أن يمكن من التصرف الذي يستعين به على العتق.

وعن أبي إسحاق رحمه الله توجيهه بأن المكاتب هو المالك لما في يده دون السيد، إلا أنه يمنع من تفويت المال؛ كي لا يعجز فيفوت العتق.

فلو[١] ثبت للمكاتب دينٌ على سيده عن معاملةٍ، وكان للسيد عليه النجوم أو دين معاملة، ففي التقاص تفصيل واختلاف لا يختص بالسيد والمكاتب.

وجملة[٢] القول فيه: أنه إذا ثبت لشخص على آخر دين، وللآخر دين على الأول، إما عن جهة واحدة أو عن جهتين، كسلم وقرضٍ أو قرض وثمن، فإما أن يكون الدينان نقدين، أو لا يكونا كذلك.

فإن كانا نقدين، فينظر: أهما من جنس واحدٍ أو من جنسين: إن كانا من جنسٍ واحدٍ، واتفقا في الحلول، وفي سائر الصفات، ففيه أربعة أقوال[٣]:

أحدها ـ ويحكى عن نصه رضي الله عنه في «الصرف»[٤]: أنهما لا يتقاصان وإن

---

(١) في (ز): (ولو).

(٢) في (أ): (وحملوا).

(٣) في (أ): (أحوال).

(٤) الصرف، لغة: «فضل الدرهم في الجودة على الدرهم». ذكره في «المصباح المنير» (١ / ٣٣٨).
وشرعاً: «بيع الأثمان بعضها ببعض». ذكره في «التعريفات» للجرجاني ص١٣٢، وقال في «المطلع على أبوب المقنع» ص٢٣٩: «والصرف: بيع الذهب بالفضة والفضة بالذهب، وفي تسميته صرفاً قولان: أحدهما: لصرفه عن مقتضى البياعات من عدم جواز التفرق قبل القبض والبيع نساءً. والثاني: من صريفهما وهو تصويتهما في الميزان. فإن بِيع الذّهب بالذّهب والفضّة بالفضّة، سُمّي مراطلة».

رضيا به؛ لأنه إبدال دين بدين، وبيع الدين بالدين منهي عنه، فلا بد، وأن يأخذ أحدهما ما على الآخر، ثم إن شاء دفعه إليه بما عليه؛ ليخرج عن صورة بيع الدين بالدين.

والثاني: أنه إذا رضي أحدهما بالمقاصة، كفى وسقط الدينان؛ لأن من عليه الدين يؤديه من حيث يشاء. وإذا رضي أحدهما فقد أدّى ما عليه بماله في ذمة الآخر. ويخالف ما إذا أراد أن يقضيه بدين على الغير، فإنه قد لا يرضى المستحقّ بذمة ذلك الغير. وأيضاً: فإن أحد الشريكين إذا دعا إلى فصل الأمر بالقسمة، يجبر الآخر عليه، فكذلك هاهنا.

والثالث: أنه لا بد من رضاهما، وإلا فلكل واحد منهما مطالبة الآخر بما عليه؛ لأن المقاصة كالحوالة في إبدال ذمة بذمة، وفي الحوالة لا بد من رضا المحيل والمحتال.

والرابع: أن التقاصّ يحصل بنفس ثبوت الدَّينين، ولا حاجة إلى الرّضا؛ لأن مطالبة أحدهما الآخر بمثل ما عليه، عناد[1] لا فائدة فيه.

ولذلك نقول[2]: لو كان له على وارثه دين فمات، يسقط ولا يؤمر بتسليمه، وأشار في «الوسيط»[3] إلى ترجيح هذا القول الأخير. وفي «تعليق الشيخ أبي حامد»: أنه المنصوص. وذكر أبو الفرج الزاز: أنه المشهور، وأن الأصح حصول التقاص بتراضيهما.

وإن اختلفا في الصفات كالصحة والتكسير والحلول والتأجيل أو مقدار الأجل، فلا يصير أحدهما قصاصاً بالآخر؛ لاختلاف الأغراض، ولصاحب الحال أن يستوفيه، وينتفع به إلى أن يحل ما عليه.

---

(١) في (ي): (عناءٌ).

(٢) قوله: (نقول) ليس في (ز).

(٣) انظر: «الوسيط» للغزالي (٧/ ٥٣٢).

ولو تراضيا على جَعْل الحال قصاصاً بالمؤجّل[١]، لم يجز، كما في الحوالة. وحكى أبو الفرج فيهما وجهاً آخر.

ولو كانا مؤجّلين بأجل واحدٍ: فقد قيل: هما كما لو كانا حالّين، وهذا أوجه عند الإمام[٢]، لكنه تردد في مجيء القول الرابع.

وقال في «التهذيب»[٣]: الصحيح أنهما كالمؤجّلين بأجلين مختلفين.

وإن كانا من جنسين، بأن كان أحدهما دراهم والآخر دنانير، فلا مقاصة. والطريق: أن يأخذ أحدهما ما[٤] على الآخر، ثم إن شاءا جعلا المقبوض عوضاً عما على الآخر؛ قال الروياني: لأن دفع العوض عن الدراهم والدنانير في الذمة يجوز، ولا حاجة إلى قبض الحقين معاً.

وإن لم يكن الدينان نقدين، فإن كانا من جنس واحدٍ: فعن صاحب «التقريب»: أن التقاص على الاختلاف المذكور: إذا أجريناه في النقدين، ففي ذوات الأمثال وجهان؛ لأن ما سوى النقدين يظهر فيه التفاوت. وأنا إذا أجريناه في ذوات الأمثال، ففي العرضين[٥] الموصوفين في الذمة وجهان بالترتيب؛ لأن التفاوت فيها[٦] أكثر.

---

(١) قوله: (قصاصاً بالمؤجل) ليس في (أ).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٤٥٢). وبهامش «العزيز» (١٣/ ٥٣٩) القول الآتي: «ما حكاه عن الإمام ليس كذلك، ولم يرجح الإمام في ذلك شيئاً، وعبارته في «النهاية»: ولو فرضنا دينين مؤجّلين، فهذا فيه احتمال عندي، والوجه إجراء ثلاثة أقوال، فأما القول بالتساقط من غير رضا، فلست أرى له وجهاً». وانظر: «نهاية المطلب» (الجزء ٢٥، ٢٦، ٢٧ من مجلد ٢ لوحة ٣١٤/ أ).

(٣) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٤٦١).

(٤) في (أ): (بما).

(٥) في (ظ): (العروض).

(٦) في (ز): (فيهما).

والذي أورده العراقيون وغيرهم من الأصحاب: أن التقاص لا يجري في غير الأثمان، من العروض وغيرها.

وفرق الشيخ أبو حامد: بأن العقد على الأثمان ليس عقد مغابنة ومرابحةٍ؛ لقلة الاختلاف فيها، فالتقاص فيها قريب، بخلاف سائر الأموال.

وإن كانا من جنسين، فلا مقاصة، وإن تراضيا.

بل إن كانا عرضين، فينبغي أن يقبض كل واحدٍ منهما ما على الآخر، فإن قبض أحدهما، لم يجز ردهُ عوضاً عن المستحق المردود[١] عليه؛ لأنه بيع عَرْضٍ قبل القبض، إلا أن يكون ذلك العرض مستحقاً بقرضٍ، أو إتلاف لا بعقدٍ.

وإن كان أحدهما نقداً والآخر عرضاً: فإن قبض مستحق العرض وردّه عوضاً عن النقد[٢] المستحق عليه، جاز. وإن قبض مستحقّ النقد وردّه عوضاً عن العرض المستحقّ عليه، لم يجز إلا أن يكون العرض مستحقاً بالقرض أو الإتلاف. هكذا فصل ابن الصباغ والروياني وغيرهما[٣].

إذا عرف ذلك، فإذا حصل التقاصّ بين السيد والمكاتب وبرئت ذمّة المكاتب عن النجوم، عتق كما لو أدّى[٤].

---

(١) في (أ): (المردودة)، وفي (ز): (للمردود).

(٢) في (ز): (العوض).

(٣) في (أ): (وغيره).

(٤) قال النووي في «الروضة» (١٢/ ٢٧٤): «فإذا قلنا: لا يتقاصّان، ولم يبدأ أحدهما بتسليم ما عليه، حُبس حتى يسلما. ذكره صاحب «الشامل» وغيره. والله أعلم».

قال:

(ولو أوصى برقبةِ المُكاتَبِ لم يجز إلا أن يُضيفَ إلى حالةِ العَجزِ فيَصحُّ على أحدِ الوَجهَين، فإن[1] أوصى بالنُّجومِ جازَ من الثُّلث، وللوارثِ تعجيُزه، وإن أنظرَ الموصى له، وإن أوصى برقبتِه[2] فللمُوصى له تعجيُزه عندَ العَجز، وإن أنظرَ الوارث. ولو قال: ضَعوا عن المكاتَبِ ما شاءَ فشاءَ الكلّ، لم يُوضَعِ الكلُّ على الأصحّ، بل يبقى شيءٌ، كما لو قال: ضَعوا عن كتابتِه ما شاء).

في الفصل مسألتان:

إحداهما: في الوصية بالمكاتب وبالنجوم.

أما الوصية بالمكاتب، فهي جائزة على القديم الذي يجوز فيه البيع.

وعلى الجديد ـ وهو المذكور في الكتاب ـ: هي[3] باطلة؛ لأنه ممنوع من التصرف في رقبته ومنفعته، فأشبه ما إذا أوصى بعبد الغير.

فإن قال: «إن عجز مكاتبي هذا، وعاد إلى الرق، فقد أوصيت به لفلان»:

فقد حكى الإمام[4] وجهاً: أنها[5] لا تصحّ أيضاً؛ اعتباراً بحال التعليق، وقياساً على ما لو قال: «إن ملكت عبد فلانٍ، فهو حرّ»[6].

---

(١) في (ز): (وإن)، وفي (ي) و(ظ): (ولو).

(٢) في (ي) و(ظ): (برقبة).

(٣) قوله: (هي) ليس في (أ).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٤٦٨).

(٥) في (أ): (أنه).

(٦) انظر: «النهاية» (٢٥، ٢٦، ٢٧ مجلد ٢ - لوحة ٣١٨/ ب)، و«التهذيب» (٨/ ٤٥٩).

والأصح[١] ـ وهو الذي أورده الجمهور ـ: أنها صحيحة، كما لو أوصى بثمرة نخلته، وحمل جاريته، وكما لو قال: «إن ملكت عبد فلان، فقد أوصيت به». والإمام[٢] طرد الخلاف في هذه الصورة، وجعلها أولى بالمنع؛ لأن له تعلقاً بالمكاتب في الحال.

وإذا قلنا بالأصح، فلو عجز فأراد الوارث إنظاره، فللموصى له تعجيزه ليأخذه، وإنما يعجّزه بالرفع إلى الحاكم كما ذكرنا في المجني عليه.

وأما الوصية بالنجوم على المكاتب، فهي صحيحة وإن لم تكن مستقرة، كما تصح الوصية بالحمل وإن لم يكن مملوكاً في الحال.

فإن أدّاها، فهي للموصى له، وولاء[٣] المكاتب للسيد.

وإن عجز، فللوارث تعجيزه وفسخ الكتابة وإن أنظره الموصى له.

وهل للموصى له إبراؤه عن النجوم؟ أبدى القاضي ابن كج فيه احتمالين ـ ويرويان عن القاضي الحسين ـ:

أحدهما: نعم؛ لأنه يملك الاستيفاء فيملك الإبراء.

والثاني: لا؛ لأنه ملّكه استيفاء النجوم، ولم يملّكه تفويت الرقبة على الورثة.

ولو أوصى لواحدٍ برقبته إن عجز، ولآخر بالنجوم، صحت الوصيتان، ثم إن أدّى المال بطلت الوصية الأولى، وإن رقّ بطلت الثانية.

ولو أوصى لإنسان بما يعجّله مكاتبه، فلم يعجّل شيئاً وأدّى النجوم في محلها، بطلت الوصية، ولا يجبر على التعجيل لتنفيذ الوصية.

---

(١) انظر: «الوسيط» (٧/ ٥٣٣)، و«الروضة» (١٢/ ٢٧٤).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٤٦٨).

(٣) في (أ): (ولاء).

هذا في الكتابة الصحيحة. أما إذا كاتب عبده كتابة فاسدةً ثم أوصى برقبته: فإن كان عالماً بفساد الكتابة، صحت الوصية. قال الصيدلاني وغيره: وتتضمن الوصية فسخ الكتابة. وإن كان يظن صحتها، ففي الوصية قولان:

أحدهما: لا تصح؛ لأنه أوصى وعنده أن ما يأتي به لغو.

والثاني: أنها صحيحة؛ اعتباراً بحقيقة الحال. وهذا أشبه عند المزني وغيره.

ومنهم من طرد القولين فيما إذا كان عالماً بفساد الكتابة الفاسدة كالصحيحة في حصول العتق وغيره، بخلاف ما إذا باع[1] بيعاً فاسداً ثم أوصى بالبيع وهو عالم بفساد البيع، تصح الوصية قولاً واحداً؛ لأن البيع الفاسد ليس[2] كالصحيح.

وأما إذا أوصى بالبيع جاهلاً بفساد البيع، فهو على القولين في الوصية.

ولو باع المكاتب كتابة فاسدة، أو المبيع بيعاً فاسداً، أو وهب أو رهن، وهو جاهل بالفساد، فطريقان:

أحدهما: طرد القولين.

والثاني: القطع بالفساد، بخلاف الوصية؛ لأنها تحتمل من الخطر ما لا يحتمله البيع والرهن.

والخلاف في هذه الصورة، كالخلاف فيما إذا باع مال أبيه على ظنّ أنه حيٌّ فبان أنه ميت.

وفي معناها إذا وكّل وكيلاً بشراء عبدٍ ثم باعه وهو لا يدري أن الوكيل قد

---

(١) في (ز): (باع عبداً بيعاً).

(٢) قوله: (ليس) ليس في (ظ).

اشتراه، أو باع مال يتيم وهو لا يدري أن أباه جعله[١] وصياً له فبان أنه جعله وصياً[٢].

المسألة الثانية: الوصية بوضع النجوم عن المكاتب صحيحة معتبرة من الثلث، فلو قال: «ضعوا عنه ما عليه من النجوم» أو «كتابته»، فقضيته: وضع الكل.

ولو[٣] قال: «نجماً من نجومه»، فالاختيار للوارث، يضع ما شاء من القليل والكثير، والأول والآخر.

وكذا لو قال: «ضعوا عنه ما قلّ أو كثر» أو «ما خفّ أو ثقل»، فالقلة والكثرة، والخفّة والثّقل، أمور إضافية.

ولو قال: «ضعوا عنه ما شاء من نجوم الكتابة»، فشاء وضع الكلّ، لا يوضع الكلّ، بل يبقى أقلّ ما يتموّل؛ لأن «من» للتبعيض.

ولو اقتصر على قوله: «ضعوا عنه ما شاء»: نقل المزني: أنه يبقى شيء، ولا يوضع الكلّ وإن شاء؛ لأن المعنى: «ضعوا من كتابته ما شاء»، وإلا لقال: «ضعوا عنه النجوم». وإذا كان هذا مضمراً كان كالصورة السابقة.

ومنهم من قال[٤]: يجوز وضع الكلّ إذا شاء، كما لو قال: «ضعوا عنه ما عليه إن شاء». فحصل وجهان، والأظهر ـ على ما ذكره[٥] في الكتاب ـ: الأول.

ولو قال: «ضعوا عنه أكثر ما عليه» أو «أكثر ما بقي عليه»، يوضع عنه نصف ما عليه وزيادة، وتقدير الزيادة إلى اختيار الوارث.

---

(١) في (أ): (قد جعله).

(٢) في (ز): (وصياً له).

(٣) في (ظ) و(ي): (فلو).

(٤) لفظة: (قال) ليست في (ز).

(٥) في (أ) و(ي) و(ظ): (ذكر).

وذكر الصيدلاني: أنه إذا كانت الزيادة فوق الأقل[١] المجزئ، فما زاد على ما يجزئ، ابتداء عطية من قبل الوارث؛ لأن اللفظ يتناول القليل والكثير. قال الإمام[٢]: وهذا مأخوذ عليه، بل هو تفصيل منهم، ألا ترى أنهم لو اقتصروا على الأقل المجزئ، لم يجز أن يقال: إنهم نقصوا من الوصية.

ولو قال: «ضعوا عنه أكثر ما عليه» أو «أكثر ما بقي عليه، ومثل نصفه»، فيوضع عنه ثلاثة أرباع ما عليه، وزيادة شيء[٣].

ولو قال: «أكثر مما عليه» أو «ما عليه وأكثر»، وضع عنه الكل، ولغا ذكر الزيادة.

ولو كانت عليه نجوم مختلفة المقادير والآجال، فقال: «ضعوا عنه أكثر النجوم» أو «أكبرها» روعي القدر، فإن قال: «أطولها» أو «أقصرها» روعيت المدة.

وإن قال: «ضعوا عنه أوسط النجوم»، فهذا يحتمل[٤] الأوسط في القدر وفي الأجل وفي العدد.

فإن اختلفت النجوم فيها جميعاً، فللورثة تعيين ما شاءوا، فإن زعم المكاتب: «أنه أراد غيره»، حلفهم على «نفي العلم». فإذا تساوت النجوم في القدر والأجل، حملت الوصية على العدد: وإذا كان العدد وتراً كالثلاثة والخمسة، فالأوسط واحد. وإن كان شفعاً، فالأوسط اثنان كالثاني والثالث من الأربعة، فيعين الوارث أحدهما. هكذا أطلق ابن الصباغ وغيره.

ويجوز أن يقال: الأوسط كلاهما، فيوضعان، وهذا قضية ما في «التهذيب»[٥].

---

(١) في (أ): (ثلث أقل).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٤٦٩).

(٣) من قوله: (أكثر ما عليه) إلى هنا ليس في (ظ).

(٤) في (أ): (محتمل). وانظر «التهذيب» للبغوي (٨/ ٤٦٠).

(٥) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٤٧٨). وفي (ي) و(ظ): (الكتاب).

فرع:

إذا أوصى «بكتابة عبد بعد موته»، فلم يرغب العبد في الكتابة، تعذّر تنفيذ الوصية، بخلاف ما إذا أوصى «بإعتاق عبد»، لا يحتاج فيه إلى رضاه. ولا يكاتب بدله آخر، كما لو أوصى «بمال لزيد» فلم يقبل[1]، لا يصرف إلى غيره.

وإن رغب؛ فإن خرج كله من الثلث، كوتب. ثم إن عين مال الكتابة، كوتب على ما عيَّنه، وإلا فعلى ما جرت به العادة، والعادة أن يكاتب العبد على ما فوق قيمته.

وإن لم يخرج كله من الثلث، ولم يجز الوارث: فقد قيل: كتابة القدر الذي يخرج من الثلث، على الخلاف في كتابة بعض العبد.

والصحيح: أنه يكاتب ذلك القدر، ويصح قولاً واحداً، ولا يبالى بالتبعيض[2] إذا أدت الوصية إليه.

وإن[3] كوتب بعضه، وأدّى النجوم، عتق وولاؤه للموصي، والباقي رقيق.

وإن أجاز الوارث كتابة كُلِّهِ وعتق بأداء النجوم: فولاء الكلّ للموصي، إن جعلنا إجازة الورثة تنفيذاً. وإلا فولاء ما يزيد على القدر الخارج من الثلث، لهم.

ولو قال: «كاتبوا أحد عبيدي»، لم تكاتب أَمَته، ولا مُشْكِل.

وهل يكاتب الخنثى[4] الذي ظهرت ذكورته؟ فيه طريقان:

أظهرهما: نعم.

والثاني: أن فيه قولين؛ لبعده عن الفهم، والإطلاق.

---

(١) في (ز): (يرغب فيه).

(٢) في (ظ): (الوصية).

(٣) في (أ): (وإذا)، وفي (ز): (ولو).

(٤) في (ي): (الجنين).

ولو قال: «كاتبوا إحدى إمائي»، لا يكاتب عبد، ولا مُشكل، فإن ظهرت أنوثته فعلى الخلاف.

ولو قال: «أحد رقيقي»، جاز العبد والأمَة. وهل يجوز المشكل؟

قال المزني: نعم.

وعن رواية الربيع: المنع. فقيل: فيه قولان، أو وجهان. والصحيح الأول.

هذا تمام القول في تصرّفات السيّد.

قال حجة الإسلام رحمه الله:

(أما تصرّفاتِ المكاتَب، فهو فيها كالحُرِّ إلا ما فيه تبرّعٌ أو خطر، فلا يَنفُذُ عتقُه وهبتُه وشراؤُه قريبَهُ بالمحاباةِ وبيعُه بالغبن، ولا يَبيعُ بالنَّسيئة، ولا يَرفعُ اليدَ عن المبيعِ قبلَ قبضِ الثَّمن، ولا يكاتب، ولا يتزوّجُ من عبدِه[١]، ولا يَتسرّى[٢]؛ خوفاً من طلقِ الجارية، ولا يُتَّهبُ من يعتقُ عليه إذا لم يكن كَسوباً؛ خَوفاً من النَّفقة، والمكاتبةُ لا تَتزوّج، ولا تُكفِّرُ إلا بالصِّيام).

القسم الثاني[٣]: الكلام في تصرفات المكاتب[٤]، وهو كالحر في معظم التصرفات، فيبيع ويشتري ويؤجر ويستأجر ويأخذ بالشفعة، ويقبل الهبة[٥] والصدقة،

---

(١) في (ز): «ولا يزوّج من عبده»، وفي المطبوع من كتاب «العزيز» (١٣/ ٥٤٤): «ولا يتزوّج ولا يزوّج عبده». (م ع).

(٢) في (أ): (يشتري).

(٣) قوله: (القسم الثاني) ليس في (ز).

(٤) انظر: «الوسيط» (٧/ ٥٣٣)، و«الروضة» (١٢/ ٢٧٨).

(٥) في (ز): (الهدية).

ويصطاد ويحتطب، ويؤدب عبيده؛ إصلاحاً للمال، كما يَفْصِدَهُم ويَخْتِنُهم. وفي إقامة الحدّ عليه، خلاف مذكور في الحدود.

وإذا آجر نفسه أو عبيده أو أمواله فعجّزه السيد في المدة، انفسخ العقد. وفي «كتاب القاضي ابن كج» وجه: أنه لا يجوز أن تزيد مدة الإجارة على أجل النجوم[١]؛ لأنه قد يرقّ وتكون المنافع فيما زاد للسيد.

ولا تصح منه التصرفات التي فيها تبرّع أو خطر؛ لأن المقصود تحصيل العتق فيحتاط له، ولأن[٢] حق السيد غير منقطع عما في يده، فإنه قد يعجز، فيعود إلى الرِّق.

هذا هو القول الجملي، وفي التفصيل صور:

إحداهما: لا يصح إعتاقه ولا إبراؤه عن الديون، ولا هبته لا مجاناً ولا بشرط الثواب، وإن صححنا الهبة بشرط الثواب؛ لأن في قدر الثواب اختلافاً بين العلماء، فقد يحكم الحاكم بشيء قليل، ولأن الثواب إنما يُستحقُّ بإقباض الموهوب، وفيه خطر، وسنذكر أنه لا يسلم مبيعاً قبل قبض الثمن، على الظاهر.

فإن كان الثواب معلوماً وكان فيه غبطةٌ، فقد قال الإمام[٣]: إن قلنا هذه الهبة بيع، ولا يشترط في ثبوت الملك فيها إقباضٌ، فهي مجراةٌ على قياس البيوع[٤].

وإن شرطنا الإقباض، فمن يشترطه لا يوجبه، فلا يمتنع أن يصحح الهبة، ويمنع من الابتداء بالإقباض حتى يسبق قبض العوض، بخلاف البيع نسيئة، فإنه يوجب تسليم المبيع قبل قبض الثمن. وعن الشيخ أبي محمد: أنه لا يحل له

---

(١) في (ز): (عدد النجوم).

(٢) في (ز): (لأن).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٤٤٤).

(٤) في (ظ): (التبرع).

التبسُّط في الملابس والمآكل، ولا يكلف فيها التقتير المفرط أيضاً.

وليس له أن يدفع المال إلى غيره قراضاً؛ فإنه قد يخون أو يموت، فيضيع. وله أن يأخذه قراضاً؛ لأنه نوع تكسب. وكذلك[١] ليس له أن يقرض وله أن يستقرض. وليس له تعجيل الديون المؤجلة؛ لما فيه من تفويت الانتفاع بالمال من غير ضرورة.

الصورة الثانية: لا يشتري أحداً من أصوله وفروعه؛ لتضمنه العتق وفوات المال، خلافاً لأبي حنيفة[٢] وأحمد[٣] رحمهما الله.

ولو وهب منه قريب أو أوصى له به، فإن لم يقدر على الكسب لصغر[٤] أو زمانة وعجز، وكان يلزمه نفقته، لم يـجز له قبوله. وقيل: يجوز له قبول[٥] الزمن، فقد يكتسب[٦] من غير عمل. وهذا ما اختاره الصيمري فيما نقل القاضي الروياني في «الكافي» رحمهما الله.

وإن كان كسوباً يقوم بكفاية نفسه، جاز قبوله، بل يستحب؛ لأنه لا ضرر عليه في القبول.

ثم لا يعتق عليه؛ لأن ملكه ضعيفٌ، ولكن يتكاتب عليه، فيعتق بعتقه ويرق برقه، وليس له بيعه. وحكى الشيخ أبو علي في «شرح الفروع» وجهاً بديعاً وبعيداً عن ابن أبي هريرة: أن له بيعه، ثم قال: وهذا فاسد.

---

(١) في (ي): (ولذلك).

(٢) انظر: «الهداية» (٣/ ٢٥٧).

(٣) انظر: «المغني» (١٤/ ٥٤٤).

(٤) في (ي): (لهرمه).

(٥) قوله: (له قبول) ليس في (أ).

(٦) في (أ): (يكسب).

ولا يجوز لأحد أن يملك أباه فيبيعه، وتكون نفقته في كسبه، وما يفضل[١] يكون للمكاتب يستعين به في أداء النجوم.

فإن مرض أو عجز، أنفق المكاتب عليه؛ لأنه من صلاح ملكه، وليس هذا كالإنفاق على أقاربه الأحرار حيث يمنع منه؛ لأن ذلك مبني على المواساة.

وإن جنى القريب على إنسان، بيع في الجناية، وليس للمكاتب أن يفديه، بخلاف ما إذا جنى عبده، يجوز له أن يفديه؛ لأن الرقبة تبقى له فيصرفها إلى النجوم.

الثالثة[٢]: ليس له الشراء بالمحاباة، ولا البيع بالغبن؛ لما فيه من التبرع، وتفويت المال.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: أن له أن يبيع بما عزّ وهان، كما ذكر في الوكيل.

ولا يبيع[٣] بالنسيئة؛ لأن إخراج المال عن اليد بلا عوض في الحال تبرع، وأيضاً: ففيه خطرٌ، وسواء باع بمثل قيمته أو أكثر، ولا فرق بين أن يستوثق بالرهن والكفيل أو لا يستوثق. وكذا لا يقرض وإن استوثق؛ لأن الكفيل قد يفلس، والرهن قد يتلف، ويحكم الحاكم المرفوع إليه بسقوط الدَّين.

ويجوز أن يبيع ما يساوي مئة بمئة نقداً وبمئة نسيئة. ولو اشترى نسيئة بثمن النقد يجوز، ولا يرهن به؛ فإنه[٤] قد يتلف. وإن اشتراه بثمن النسيئة، لم يجز؛ لما فيه من التبرُّع. كذلك ذكره في «التهذيب»[٥]. وفي «جمع الجوامع» للروياني: أنه يجوز؛ إذ لا غبن[٦] فيه.

---

(١) في (أ): (فضل).

(٢) قوله: (الثالثة) ليست في (ي) و(ظ).

(٣) في (ز): (المبيع). وانظر: «الهداية» (٣/ ٢٥٧).

(٤) في (ظ): (لأنه).

(٥) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٤٥٧-٤٥٨).

(٦) في (أ): (عتق).

وفرقوا بين المكاتب وبين الولي حيث يبيع مال الطفل نسيئة، ويرهن ويرتهن للحاجة أو المصلحة الظاهرة. وبأن[١] المرعي هناك مصلحة الطفل، والولي منصوب لينظر له، وهاهنا المطلوب العتق، والمرعي مصلحة السيد، والمكاتب غير منصوب لينظر له.

وقد ذكرنا[٢] في كتاب الرهن: أن بعضهم سوى بينه وبين الولي في البيع نسيئة، وفي الرّهن والارتهان، فيجوز أن يعلم لذلك قوله هاهنا: (ولا يبيع بالنسيئة) بالواو.

وألحق صاحب الكتاب هناك، المكاتب بالولي في جواز الرّهن. لكن الذي أطبق عليه عامة الأصحاب ـ وأورده هاهنا ـ: المنع.

ويشبه أن يتوسط فيقال[٣]: إن دعت ضرورة إلى البيع والرهن كما في وقت النهب، فله ذلك؛ حفظاً للمال[٤].

وإن كان يرى فيه مصلحة، لم يمكّن منه؛ لأنه ليس ناظر للسيد حتى يتحمّل الخطر لمصلحةٍ يراها، بخلاف الولي. والله أعلم.

وإذا باع أو اشترى لم يسلِّم ما في يده حتى يتسلم العوض؛ لأن رفع اليد عن المال بلا عوض لا يخلو عن غرر. وكذلك ليس له السّلم؛ لأن مقتضاه تسليم رأس المال في المجلس، وانتظار المسلم فيه، سيّما إذا كان السّلم مؤجّلاً. وفيه وجه: أنه يجوز[٥] التسليم، ليتسلم في الحال أو في المجلس، ويحتمل هذا القدر. وهذا ما أورده

---

(١) في (أ): (بأن).

(٢) في (أ): (ذكر).

(٣) في (أ): (فقال).

(٤) في (أ): (بمصلحة).

(٥) قوله: (أنه يجوز) ليس في (ي) و(ظ).

الصيدلاني. وعلى هذا، فيجوز له السّلم في الحال. وأطلق الإمام[1] وجهاً في السلم بشرط الغبطة، أنه يجوز.

الرابعة: لا يكاتب المكاتب عبده، كما لا يعتقه، خلافاً لأبي حنيفة[2] رحمه الله.

ولو أدّى مكاتبه إليه المال، لم يعتق؛ لأن تعليقه غير صحيح.

الخامسة: لا يتزوّج المكاتب ولا يزوج من عبده[3]؛ لما فيه من المؤن، ولا ينكح المكاتبة أيضاً؛ لأنه تنتقص قيمتها، وأيضاً فلخطر الطلق.

وله شراء الجواري للتجارة، لكن لا يجوز له التسرّي؛ خوفاً من هلاك الجارية في الطلق. قال الإمام[4]: وهو بمثابة منع الراهن من وطء الجارية المرهونة. وكان شيخي: لا يبعد إجراء الوجهين في وطء الجارية التي يؤمن حبلها هاهنا، وهو غير مرضي؛ لأن المكاتب عبد والوطء يضعفه، ولا ضبط يجعل مرجوعاً فيما يجوز ويمنع منه، فالوجه حسم الباب.

وللمنع من الوطء معنى آخر وهو ضعف الملك، على ما سنذكر إن شاء الله تعالى.

السادسة: إذا لزم المكاتب كفارة قتلٍ أو ظهارٍ أو يمينٍ، فيكفر بالصوم دون المال؛ لأن ملكه ليس بتام، وهو مستحق الصرف إلى جهة أخرى.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٤٤٣).

(٢) انظر: «الهداية» (٣/ ٢٥٨) حيث قال: «والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله، لأنّ مآله العتق والمكاتب ليس من أهله كالإعتاق على مالٍ».

(٣) في (أ): (عبيده).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٤٤١).

واعلم أنّ الصور جميعاً[١] مفروضةٌ فيما إذا لم يأذن له السيد. فأما إذا أذن السيد في التصرفات المذكورة، فسنذكر حكمه إن شاء الله تعالى في الفصل التالي لهذا الفصل.

فرع عن القفال:

أن وصية المكاتب غير صحيحة، سواء أوصى بعين من أعيان ماله، أو بثلث ماله؛ لأن ملكه غير تام على ما في يده[٢].

وعن أبي حنيفة[٣] رحمه الله: أنها تصح إن أضاف إلى الموت والحرية، وإلا لم تصح.

قال:

(وكُلُّ ذلك، إن جرى بإذنِ السَّيدِ ففي النُّفوذِ قولان، إلا العتقَ ففيه طريقان: أحدُهما: طردُ القولَين. والثاني: القَطعُ بالمَنع؛ لإشكالِ الولاء، فإن نفَذنا ففي الولاءِ قولان: أحدُهما: أنه للسَّيد. والثاني: أنه موقوفٌ حتى يعتقَ المكاتَب يوماً، فيكونَ له. فإن ماتَ رقيقاً استقرَّ على السَّيّد. ولو ماتَ العتيقُ في مدّةِ التَّوقُّف، فميراثُه للسَّيدِ في قول، ولبَيتِ المالِ في قول. وكتابةُ عبدِه[٤] كإعتاقِه في النُّفوذِ وفي الولاء).

تبرّعات المكاتب وتصرّفاته المحظرة، كالـهبة والإبراء والإقراض والقراض والإنفاق على الأقارب والبيع بالمحاباة وبالنسيئة وتعجيل الدَّين المؤجّل ونحوها، إن

---

(١) في (أ): (جميعها).

(٢) انظر «التهذيب» للبغوي (٨/ ٤٥٩).

(٣) انظر: «الهداية» (٣/ ٢٥٨)، و«فتح القدير» (٨/ ١١٣).

(٤) انظر: «الأم» (٨/ ٦٤)، وانظر: «الوسيط» (٧/ ٥٣٣).

جرت بإذن السيّد؛ فمنقول المزني[١]، والمنصوص في «الأم»[٢]: أنها تصح. وعن الربيع فيه قول آخر.

ونصّ على أنّ المكاتبة إذا[٣] اختلعت بإذن السيد على مالٍ، لم يجز، والخلع كالهبة في أنه بذل مالٍ من غير عوضٍ مالي.

واختلف الأصحاب على طريقين:

قال أكثرهم ـ منهم ابن سريج وابن خيران وأبو إسحاق ـ: في جميع هذه التصرفات قولان ـ إما لما رواه الربيع وإما للنصين في الهبة والتصرف فيهما بالنقل والتخريج، ومنهم من نقل المنع عن نصّه في «الإملاء» ـ:

أحدهما: أنها غير صحيحة؛ لأن ملك المكاتب ناقص[٤]، والسيد غير مالكٍ لما في يديه، فلا أثر لإجازته، كما لو وهب المريض جميع ماله، وأجاز الوارث، وأيضاً فإنه يفوّت غرض العتق.

وأصحهما: الصحّة؛ لأن الحقّ لا يعدوهما، فإذا توافقا عليه صحّ، كما لو وهب أحد الشريكين بإذن الآخر.

والثاني: تقرير النصين، والقطع بصحّة هذه التصرّفات، وببطلان الخلع. وقد ذكرنا الطريقين في الخلع[٥] في كتابه. وعن أبي الطيب ابن سلمة: طريقةٌ قاطعةٌ بصحة الخلع أيضاً.

---

(١) انظر: «المختصر» ص٣٢٧.

(٢) «الأم» للشافعي (٨/ ٥٨).

(٣) في (ظ): (إن).

(٤) في (ز): (غير ناقص).

(٥) في (ظ): (في الكلام).

وإن وهب من السيد أو من[١] ابنه الصغير، فقبل، أو أقرضه، أو باع منه[٢] نسيئة أو بالمحاباة، أو عجّل ديناً مؤجّلاً له[٣] غير النجوم، فطريقان:

أظهرهما: أنه على القولين فيما إذا وهب من غيره بإذنه.

والثاني ـ واختاره الشيخ أبو محمد ـ: القطع بالصحة؛ لأن للمكاتب أن يعجّز نفسه، فيجعل جميع ما في يده للسيد، وإذا تمكّن من جعل الجميع للسيد بالتعجيز، لم يبعد أن يجعل بعضه له[٤] بالهبة.

ولو وهب بإذن السيد، فرجع[٥] السيد عن الإذن قبل إقباض الموهوب، لم يكن له إقباضه.

ولو اشترى قريبه بإذن السيد؛ ففي صحته القولان، فإن صححناه يكاتب عليه.

وعن أبي إسحاق المروزي: طريقةٌ قاطعةٌ بالصحة؛ لأنه قد يستفيد من أكسابه، وفيه صلة الرحم.

وإعتاق المكاتب بإذن السيد مرتب على سائر التبرعات إذا جرت بإذنه: إن لم نصحّحها، فالعتق أولى. وإن صححناها[٦]، ففيها قولان، أصحهما: المنع أيضاً؛ لأنهما يعقبان الولاء[٧]، والمكاتب ليس أهلًا لثبوت الولاء له[٨]، كالقن.

---

(١) قوله: (من) ليس في (ز).

(٢) في (ز): (أو باعه نسيئة).

(٣) في (ي): (عن).

(٤) قوله: (له) ليس في (أ).

(٥) في (ي) و(ظ): (فيرجع)، وفي (ز): (ورجع).

(٦) في (ظ): (وإن صححنا ففيها طريقان).

(٧) في (ي) و(ظ): (ولاء).

(٨) قوله: (له) ليس في (ز).

ويحصل من هذا الترتيب طريقان ـ كما ذكر في الكتاب ـ:

أظهرهما: أن فيه قولين، وقد نصّ عليهما في «المختصر».

والثاني: القطع بالمنع.

ولو أعتق عن سيده أو عن غيره بإذنه، فهو كسائر التبرعات بالإذن، ولا تجيء فيه الطريقة القاطعة؛ لأن المعتق عنه من أهل الولاء.

فإن قلنا بنفوذ العتق، فلمن يكون ولاء العتق؟ فيه قولان:

أحدهما: أنه للسيد، وبه قال أبو حنيفة[1] رحمه الله؛ لأن المكاتب ليس أهلًا للولاء، وتوقيف الولاء بعيدٌ. وولاء المكاتب إذا عتق للسيد، فلا يبعد أن يكون ولاء معتقه له أيضاً.

وأظهرهما: أنه يوقف؛ لأن الولاء لمن أعتق، والسيد لم يعتق: فإن عتق المكاتب، كان الولاء له. وإن مات رقيقاً: كان الولاء للسيد.

وإن عجز ورقَّ، حكى الإمام[2] أنه يبقى التوقف؛ لأنه يرتقب عتقه من وجوهٍ أُخَر. واعترض عليه، وقال: إذا رقّ ينبغي أن يكون الولاء للسيد، ولا يرتقب عتقه[3] من وجهٍ آخر؛ لأنه إذا رقَّ تبين أنّ تصرّفه على حكم استقلال الكتابة قد انقطع، فالعتق من وجهٍ آخر لا يتعلق بما سبق. والذي اعترض به هو الذي يوجد لعامة الأصحاب لا غير.

فإن جعلنا الولاء للسيد، فلو عتق المكاتب بعد ذلك، ففي انجرار الولاء إليه وجهان ـ عن رواية أبي علي الطبري وصاحب «التقريب» ـ:

---

(١) انظر: «الهداية» (٣/ ٢٥٨).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٤٤٦).

(٣) من قوله: (من وجوهٍ أُخر) إلى هنا ليس في (ز).

أظهرهما: المنع، وكأن السيد هو الذي أعتقه.

والثاني ـ حكاه الموفق بن طاهر عن تخريج ابن سريج ـ: أنه ينجرّ؛ لأنه الذي باشر العتق.

وإن قلنا بالتوقف، فلو مات المعتق قبل عتق المكاتب، وعوده إلى الرّقّ، ففي الميراث قولان عن رواية الشيخ أبي حامد:

أظهرهما: أنّ الميراث موقوف أيضاً.

والثاني: أنه للسيد، ولا يوقف الميراث وإن وقف الولاء؛ لأنّ الولاء قد يثبت لشخص ثم ينتقل إلى غيره، فلا يبعد فيه التوقف، بخلاف الميراث.

ومنهم من نقل بدل الثاني: أنه يصرف إلى بيت المال، كما إذا كاتب الذمّي عبداً، ولحق بدار الحرب، فاستُرِقّ وعتق مكاتبه ومات، يصرف ماله إلى بيت المال. وهذا والثاني ما أورده في الكتاب، وأهمل الأول الذي هو الأظهر.

وقوله: (حتى يعتق المكاتب يوماً) إلى آخره، اتباعٌ لما نقله الإمام[1].

ويجوز أن يعلم قوله: (يوماً)، بالواو؛ إشارة إلى ما هو الأظهر، وهو أنه لا يوقف حتى يعتق يوماً من الدهر أو يموت رقيقاً، بل يوقف إلى أن يعتق بموجب الكتابة أو يظهر رقُّهُ بالعجز أو الموت.

ولو كاتب المكاتب عبده بإذن السيد، قال الإمام[2]: يحتمل أن يلحق بهباته، ويحتمل أن يلحق بتنجيز العتق.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٤٤٦).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٤٤٧).

وهذا الثاني هو الذي أورده الأصحاب، ونصّ رضي الله عنه عليه في «المختصر»، فيعود الطريقان في صحة الكتابة، والقولان في الولاء؛ تفريعاً على الصحة إذا عتق المكاتب الثاني قبل أن يعتق الأول، وإن عتق[١] الأول ثم الثاني، فولاء الثاني للأول.

وفي نكاح المكاتب بإذن سيده طريقان:

أحدهما: أن في صحته القولين في تبرعاته بالإذن؛ لأنه يلزمه المهر والنفقة، وفيه بذل مال، لا في مقابلة مال.

وهذا ما رجّحه الإمام[٢]، ويوافقه مطلق لفظ الكتاب، فإنه قال: (وكلّ ذلك إن جرى[٣] بإذن السيد، ففي نفوذه قولان)، ومن جملة ذلك التزوّج[٤].

وأظهرهما ـ عند الأكثرين ـ: القطع بالصحة؛ لأن المكاتب أحسن حالاً من العبد القن، والعبد القن ينكح بالإذن، فالمكاتب أولى. والمعنى فيه: أن النكاح يحتاج إليه؛ للتحصين، وسائر المصالح المتعلقة به، والهبة وما في معناها لا تلتحق[٥] به.

وتزويج المكاتبة: صحيح على الأظهر، ولا بد من إذنها.

وعن القفال: أنها لا تزوّج أصلاً؛ لأن ملك السيد فيها ناقص، وهي أيضاً ناقصة، فلا يصح إذنها. وقد ذكرنا ذلك في النكاح.

وإذا أذن السيد للمكاتب في وطء الجارية وتسرّيها، فقد بني ذلك على أنّ العبد هل يملك بالتمليك؟ إن قلنا: لا، لم يحلَّ له الوطء والتسرّي، وهو الأصح. وإن قلنا: نعم، قيل: يحل، وقيل: يبنى على الخلاف في تبرعاته بالإذن.

---

(١) في (أ): (أعتق).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٤٤٢-٤٤٣).

(٣) في (أ): (أجري).

(٤) في (ي): (الزّوج).

(٥) في (ظ): (تلحق).

وعن ابن أبي هريرة طريقةٌ قاطعةٌ بالمنع؛ لضعف الملك.

وإن أذن السيد للمكاتب في التكفير بالإطعام أو بالكسوة، ففيه قولان: يبنيان تارة على أن العبد هل يملك بالتمليك؟ ومنهم من بناهما على أنه هل يتبرع بإذن السيد؟

فإن أذن في الإعتاق، وصححنا إعتاقه بالإذن، وتوقفنا في الولاء، فيتوقّف في الإجزاء أيضاً: فإن عجز، بان أنه لم يجزه، وعليه أن يكفّر بالصّوم. والظاهر: أنه لا يجوز تكفيره بالإعتاق.

وعن القفال: أنه إذا أعتق بإذن السيد وجعلنا الولاء للسيد، فينبغي أن يجزئ عن كفّارته إذا نَوَى.

قال:

(ولو اشترى المكاتَبُ من يَعتِقُ على سيِّدِه صحّ، فإن عَجَزَ رَجعَ إلى السَّيد، وعتقَ عليه، والقِنُّ لو قَبِلَ من يَعتقُ على سيِّدِه وقُلنا ينفُذُ قَبولُه بغيرِ إذنِه لم يَنفُذ هاهنا إن خيفَ وجوبُ النَّفقةِ في الحال، وإن لم[1] يُخَف بأن كانَ كَسوباً نفَذ، ولم يكُن للسَّيدِ ردُّه، وهل له ردُّ غيرِه ممن يَقبَلُه عبدُه[2]؟ فيه وجهان[3]، فإن قُلنا: له[4] ردَّه فيَندفعُ[5] الملكُ من الأصل، أو ينقطعُ من حينِه؟ فيه وجهان).

إذا اشترى المكاتب من يعتق على سيده، كأبيه[6] وابنه، أو اتهبه أو أوصي له

(١) قوله: (لم) ليس في (أ).

(٢) قوله: (عبده) ليس في (ي) و(ظ).

(٣) ورد في (أ): (فإن رجع إلى السيد وعتق عليه، ولو قيل من يعتق على سيده).

(٤) قوله: (قلنا: له) ليس في (أ).

(٥) في (ي) و(ظ): (فيدفع).

(٦) في (أ): (كاتبه).

به فقبل، صح، وكان الملك فيه للمكاتب. وإن[١] رقّ المكاتب صار القريب للسيد، وعتق عليه.

ولم يقولوا: إنه يمنع من صرف المال إلى عوض[٢] من عساه يعتق على السيد، ولا نظروا إلى لزوم النفقة إذا عتق عليه، وإنما اعتبروا الحال.

ولو اشترى بعض من يعتق على السيد، أو اتهبه أو قبل الوصية به، صحّ أيضاً. وإذا رُقَّ عتق[٣] ذلك الشقص على السيد.

وهل يسري إلى الباقي إذا كان السيد موسراً؟ ينظر: إن عجّز المكاتب نفسه من غير اختيار السيد، فلا يسري، كما لو ورث بعض قريبه.

وإن عجّزه السيد، فوجهان[٤]:

أحدهما: يسري؛ لأنه ملك باختيار التعجيز، فصار كما لو ملك بالشراء.

والثاني: المنع؛ لأن قصده فسخ الكتابة، ودخوله في ملكه ضمني قهري.

ولو اتهب العبد القِنُّ من يعتق على سيده بغير إذنه، فيبنى على أنّ اتهابه بغير إذن السيد هل ينفذ؟ وفيه خلاف قد سبق: إن قلنا: لا، فلا كلام. وإن قلنا: نعم، وهو

---

(١) في (ي): (فإن).

(٢) في (ي) و(ز): (غرض).

(٣) في (أ): (وإذا عتق رقّ).

(٤) «قال الشيخ البلقيني: لم يصحح المصنف هنا شيئاً، ولكنه صحح في الشرط الثاني من شروط السراية: أنه لا يسري، والأصح عندي أنه يسري، لأن فسخ السيد الكتابة صدر باختياره، ويترتب على ذلك أنه مختار، لكن يعود إليه ما في يد المكاتب ومن جملة ذلك الشقص المذكور، فيعتق ذلك الشقص على السيد، ويسري ما صححه هو مقتضى نصّ الشافعي في «الأم» و«مختصر المزني» في باب من يعتق». هامش «العزيز» (١٣/ ٥٥٢).

الأظهر: فإن خيف وجوب النفقة في الحال بأن اتهب أباه الزّمن والسيد موسر، لم ينفذ قبوله؛ لأن فيه إضراراً بالسيد.

وإن لم تجب النفقة في الحال؛ لكون القريب كسوباً، أو لكون السيد فقيراً، نفذ القبول، وعتق الموهوب على السيد.

ولو اتهب بعض من يعتق على السيد بغير إذنه، وصححنا اتهابه بغير إذن السيد، ولم يتعلق به لزوم النفقة، ففي صحة القبول قولان:

أحدهما: لا يصح؛ لأنه يعتق عليه ذلك البعض ويسري، وفي التقويم على السيد إضرار به.

وأظهرهما: أنه يصح، ولا يسري؛ لحصول الملك بغير اختياره، كما لو ورث.

قال الشيخ أبو علي: وخرّج ابن سريج على هذين القولين، ما إذا اشترى المريض أباه بألفٍ، وهو لا يملك غير الألف، وعليه دينٌ مستغرق:

ففي قول: لا يصح الشراء؛ لأنه لو صحّ، لعتق وتلف حقّ الغرماء.

والثاني: يصح[1] ولا يعتق، ويباع في ديونهم.

وفي «الوسيط»[2] وجه آخر: أنه يصح، ويعتق ويسري، ويجعل اختيار العبد كاختياره، كما جعل قبوله كقبوله، ولم أجد هذا في «النهاية».

ثم ذكر هاهنا فرعاً في اتهاب العبد بغير إذن السيد لا يختص بما نحن فيه، وهو أنا إذا صححناه، يدخل الموهوب في ملك السيد قهراً، كما يدخل ما احتطبه واصطاده.

---

(١) في (أ) و(ي): (لا يصح)، وهو خطأ.

(٢) انظر: «الوسيط» للغزالي (٧/ ٥٣٥).

وهل للسيد الردّ بعد قبول العبد؟ فيه وجهان ـ ذكرهما صاحب «التلخيص»[١] ـ:

أحدهما: نعم؛ لأن تمليك العاقل البالغ قهراً بعيدٌ.

وأقيسهما[٢]: المنع، كما في الملك الحاصل بالاحتطاب.

فإن قلنا بالأول، فينقطع ملكه من وقت الردّ، أو يتبين أنه لم يدخل في ملكه؟ ذكر صاحب «التلخيص» فيه وجهين أيضاً. ويظهر أثرهما فيما إذا كان الموهوب عبداً، ووقع هلال شوال بين قبول العبد وردِّ السيد في زكاة الفطر.

وقوله في الكتاب: (ولم يكن للسيد ردّه)، يعني أنّ القريب يعتق إذا نفذ القبول، ولم يكن للسيد ردّ الهبة ولا دفع العتق. وهذا لا ذكر له في «الوسيط» ولا غيره، ولك أن تخرّجه على الوجهين الآخرين عن صاحب «التلخيص».

وقوله: (وهل له ردّ غيره ممن يقبله عبده)، لو[٣] قال: «مما[٤] يقبله عبده»، لكان أحسن.

فرعان لابن الحداد:

أحدهما: إذا وهب من المكاتب بعض ابنه أو أبيه، فقبله وصححنا القبول على ما مرّ التفصيل فيه، فإذا عتق المكاتب، عتق عليه ذلك الشقص. قال ابن الحداد: ويقوّم عليه الباقي إن كان موسراً. وعن القفال: أنه لا يقوَّم؛ لأنه لم يسر في الابتداء، فلا يسري بعده، كمعسر أعتق شقصاً له في عبدٍ ثم أيسر[٥]. قال الشيخ أبو علّي: والأصح الأول.

---

(١) انظر: «التلخيص» ص٦٦٧.

(٢) انظر: «الروضة» (١٢/ ٢٨٣).

(٣) في (ظ): (فلو).

(٤) في (ظ): (فما).

(٥) في (ي): (لم يسر).

وذلك الشقص أيضاً لم يعتق في الابتداء، وإنما عتق عند عتق المكاتب، فليست السراية متأخرة عن العتق.

والثاني: اشترى المكاتب ابن سيده ثم باعه بأبي[١] السيد، يصح، ويصير الأب ملكاً[٢]، فإن رقّ المكاتب صار الأب ملكاً للسيد، وعتق عليه[٣].

فإن وجد به عيباً بعد ذلك، فلا سبيل إلى الردّ، ولكن له الأرش، والأرش جزء من الثّمَن. فإن نقصَ العيب عُشْرَ قيمة الأب، فيرجع إلى عُشر الابن الذي هو الثّمَن. وإذا ملك عُشر الابن عتق عليه. وهل يقوَّم[٤] عليه الباقي؟ قال الشيخ أبو علي: إن عجّز المكاتب نفسه بلا اختيار السيد، لا يقوّم عليه الباقي.

وإن عجّزه بنفسه، ففيه وجهان قد سبق نظيرهما، قال: والأظهر المنع.

وزاد الإمام[٥] فقال: القسط من الابن ـ الذي هو الأرش ـ ينقلب إليه قهراً، أم لا يرجع إلا باختياره؟ فيه وجهان: فإن قلنا بالأول، ففي تقويم الباقي عليه الوجهان. وإن قلنا بالثاني، فالظاهر السراية.



(١) في (ظ): (بأب).

(٢) في (ز): (ملكاً له).

(٣) قوله: (عليه) ليس في (ز).

(٤) في (أ): (يقول)، وهو خطأ.

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٤٤٩-٤٥٠).

قال:

(ولو استولدَ المكاتبُ جاريتَه، فولدُه مكاتبٌ عليه، أي يَعتِقُ عليه بعتقِه ويَرقُّ برقِّه، وهل تصيرُ الأمُّ مستولدتَه إذا عتق؟ فيه قولان).

عرفت أن المكاتب لا يطأ جاريته بغير إذن سيده، وكذا بإذنه على الأظهر. فلو خالف ووطيء فلا حدَّ عليه؛ للشبهة، ولا مهر؛ لأنّ مهر جاريته لو ثبت لثبت له. فإن أولدها، فالولد نسيبٌ؛ لشبهة الملك.

ثم لا يخلو إما أن يأتي بالولد وهو مكاتب بعد، فيكون ملكاً له؛ لأنه ولد جاريته. لكن لا يملك بيعه؛ لأنه ولده، ولا يعتق عليه؛ لأن ملكهُ ليس بتمام، بل يتوقف عتقهُ على عتقه، إن عتق عتق، وإلا رق وصار للسيد، وهذا معنى قولهم: «إنّ ولده يتكاتب عليه».

وهل تصير الجارية مستولدة له؟

منهم من يقول: لا تصير مستولدة في الحال، فإن عتق ففيه قولان.

ومنهم من يطلق القولين في ثبوت حرمة الاستيلاد في الحال:

أحدهما: الثبوت، ويحكى هذا عن أبي حنيفة[1] وأحمد[2] رحمهما الله، واختيار المزني[3]؛ لأنه ثبت للولد حق الحرية، حيث يكاتب عليه، وامتنع بيعه، فيثبت لها حرمة[4] الاستيلاد.

(١) انظر: «الهداية» (٣/ ٢٦٠).

(٢) انظر: «المقنع» ص٢٠٢.

(٣) انظر: «المختصر» ص٣٢٦.

(٤) في (أ): (حرية).

و**أصحهما**: المنع؛ لأنها علقت بمملوك، فأشبهت الأمَة الموطؤة بالنكاح، وحقّ الحرية للولد لم يثبت بالاستيلاد في الملك، وإنما يثبت لصيرورته ملكاً لأبيه، كما لو ملك ولده بهبة وغيرها[١].

فإن قلنا: تثبت حرمة الاستيلاد في الحال، فإن عتق المكاتب استقرّ الاستيلاد، وإن عجز رُقَّت مع الولد للسيد[٢].

فإن عتق المكاتب بعد ذلك وملكها، لم تصر مستولدة له؛ لأن بالعجز يتبين أنها علقت برقيق، وأنه لا استيلاد. فإن[٣] عجز ثم عتق وملكها، لم تصر مستولدة له. وإن عتق بأداء النجوم، فكذلك على ظاهر المذهب.

وعن أبي إسحاق[٤]: تخريج قول مما إذا أولد الراهن الجارية المرهونة، وقلنا لا تصير مستولدة له، فبيعت ثم ملكها، حيث نقول بثبوت الاستيلاد على رأي، لكن العلوق هناك بحر، وهاهنا بمملوك. هذا إذا أتت بالولد وهو مكاتب.

أما إذا أتت به بعد العتق: فإن كان لما دون ستة أشهر من وقت العتق، فكذلك الجواب؛ لأن العلوق وقع في الرقّ. وإن كان لستة أشهر فصاعداً من يومئذ، فقد أطلق الشافعي رضي الله عنه: أنها تصير مستولدةً له. واختلف الأصحاب:

فقال قائلون: هذا إذا وطئ بعد الحرية، وولد لستة أشهر فصاعداً من يوم الوطء

---

(١) انظر: «الوسيط» (٧/ ٥٣٦)، و«التهذيب» (٨/ ٤٤٣)، و«الروضة» (١٢/ ٢٨٥)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٥٢٥).

(٢) قوله: (للسيد) ليس في (ز).

(٣) في (أ) و(ي) و(ظ): (وإن قلنا لا يثبت).

(٤) في (ظ): (عن ابن سريج).

لظهور العلوق بعد الحرية، والولد والحالة هذه حر لا ولاء عليه إلا بالولاء على أبيه، ولا ينظر إلى احتمال العلوق في الرقّ؛ تغليباً للحرية.

فأما إذا لم يطأها بعد الحرية، فيكون الاستيلاد على الخلاف.

وقال آخرون: يثبت الاستيلاد، وطئ بعد الحرية، أو لم يطأ؛ لأنها كانت[1] فراشاً قبل الحرية، وذلك الفراش مستدام بعدها، وإمكان العلوق بعد الحرية قائم، فيكتفى به لثبوت الاستيلاد. والأول أصح على ما ذكره صاحب «التهذيب»[2].

* * *

(١) في (أ): (لو كانت).

(٢) انظر: «التهذيب» (٨/ ٤٤٧-٤٤٨)، و«الروضة» (١٢/ ٢٨٥).

قال رحمه الله:

(الحكمُ الرّابع: حكمُ الولد:

وفي سرايةِ الكتابةِ من المكاتبةِ إلى ولدِها الذي تَلِدُ بعدَ الكتابةِ من زنىً أو نكاحٍ قولان، كما في سرايةِ التَّدبير، إلا أن هذا يَعتِقُ بعِتقِ الأمّ، وولدُ المدبَّرةِ لا يَعتِقُ بعتقِها بل بموتِ السَّيد، وهذا[1] يَعتِقُ بعتقِ الأمِّ في دوامِ الكتابة، فإن قُلنا: يسري، فحقُّ الملكِ فيه للسَّيدِ في قول، وكأنه مكاتبُه حتى يُصرَفَ إليه بدلُه إذا قَتل[2]، ويَنفُذُ إعتاقُه، ويُصرفُ إليه كسبُه مهما رقّ، وتلزمُه[3] نفقته إن لم يكُن له كسب. وفي قول: هو من كسبِ المكاتبة، فيكونُ كسائرِ عبيدِها. وأما ولدُ المكاتَبِ من جاريتِه فهو كسبٌ له قولاً واحداً لا يَنفُذُ فيه إعتاقُ السَّيِّد، لكن لو جنى لم يكن له أن يفدَيه؛ لأن فداءَه كشرائِه، فإنه لا يَنفُذُ[4] تصرُّفُه في ولِده، بل يُكاتَبُ عليه).

كتابة الأمَة صحيحة ككتابة العبد. وإذا كاتب أمَة لها ولد، فلا يخفى بقاء الولد على ملك السيد، فإن شرطا أن يكون الولد معها في عقد الكتابة، فالكتابة فاسدة، لكن إذا أدّت، عتق الولد أيضاً بموجب التعليق. وإن كان في يدها مال وشرطا أن يكون المال لها، فقد حكى القاضي ابن كج: أنّ الشافعي[5] رضي الله عنه نصّ على فساد الكتابة.

---

(١) في (ز) و(ظ): (وهل).

(٢) في (ز): (يعتق).

(٣) في (أ): (فيلزمه).

(٤) في (ز): (كشرائه فلا ينفذ).

(٥) انظر: «الأم» (٨/ ٥٨)، و«الوسيط» (٧/ ٥٣٧)، و«التهذيب» (٨/ ٤٤٣)، و«الروضة» (١٢/ ٢٨٥).

وفرّق بين الولد والمال على أحد القولين؛ فإن المال من جنس كسبها الذي يكون لها بالكتابة، فجاز أن يصير لها بالشرط. ولك أن تقول: هذه صورة كتابة الرقيق والبيع منه بعوض واحد، وقد سبق القول فيه.

وإن كانت حاملاً عند الكتابة، وتيقن ذلك بأن ينفصل لما دون ستة أشهر من يوم الولادة[١]، فقد ذكرنا: أنا إذا قلنا: إن الحمل لا يعرف، فهو كالولد الحادث بعد الكتابة، وسنذكر حكمه على الأثر إن شاء الله تعالى.

وإن قلنا: يعرف، فحكاية القاضي ابن كج: أنّ عقد[٢] الكتابة يصير كأنه[٣] توجه[٤] نحوها ونحوه، فإذا عتقت عتق الولد.

ونقل صاحب «التهذيب»[٥]: أنه لا تثبت الكتابة للولد؛ لأن الصغير لا يكاتب، بخلاف مثله من التدبير، فالصغير يدبّر. ثم قال من عنده: وجب أن يثبت حكم الكتابة له، لا على سبيل السراية، بل على وجه الاستتباع، كما يتبع الحملُ الجارية في البيع، وإن كان لا يقبل البيع وحده. وهذا ما نقله ابن كجّ.

وإن حدث الولد بعد الكتابة، فهذا الولد إما أن يكون من السيد، أو من غيره: إن كان من السيد، فالحكم ما سيأتي إن شاء الله تعالى في الفرع المذكور عقيب[٦] هذا الفصل. وإن كان من غيره، إما من زنى أو نكاح، ففيه قولان:

---

(١) في المطبوع من كتاب «العزيز» (١٣/ ٥٥٦): «يوم الكتابة». (م ع).

(٢) في (ي): (عند).

(٣) في (أ): (كتابه).

(٤) في (ي) و(ظ): (توجيه).

(٥) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٤٤٤).

(٦) في (ز): (عقب).

أحبهما إلى الشافعي رضي الله عنه ـ وهو المنصوص[١] في «المختصر»[٢] ـ: أنه يثبت له حكم الكتابة، حتى يعتق بعتق الأم، إما بالأداء أو بالإبراء أو الإعتاق؛ لأن سبب الحرية كحقيقتها في استتباع الأولاد، ألا ترى أنّ أولاد المستولدة يتبعونها، ولأن الولد كسبها، فيتوقّف أمره على رِقّها وحرّيتها، كسائر أكسابها.

والثاني: لا يثبت؛ لأن الكتابة عقد يقبل الفسخ، فلا يثبت حكمه في الولد، كما أن ولد المرهونة لا يكون مرهوناً. ويحكى هذا عن نصه رضي الله عنه في «بعض أماليه».

وعن أبي إسحاق أنه قطع بالقول الأول، وقال: إذا اختاره الشافعي رضي الله عنه، وجب أن يكون القول الآخر ساقطاً.

وقوله في الكتاب: (ففي سراية الكتابة إليه قولان)، ليس المقصود نصب الخلاف في أنه هل يصير الولد مكاتباً؟ فقد نصّ الأصحاب على أنه لا يدخل في الكتابة، ولا يطالب بشيء من النجوم، وكيف ولم يوجد منه قبول ولا جرى معه عقد.

قالوا: ويخالف التدبير، حيث يسري على أحد القولين؛ لأن التدبير يتعلق بقول السيد ولا يعتبر فيه رضا العبد.

ولذلك إذا عجزت المكاتبة أو ماتت بطلت الكتابة، وكان الولد رقيقاً للسيد بلا خلاف. وفي التدبير إذا ماتت المدبرة قبل السيد، يبقى التدبير في الولد على أحد القولين.

فإذاً في اللفظ توسّع، والمقصود أنه هل يتبعها في العتق بعتقها والرقّ برقّها، أم لا؟

ويوضحه ما ذكر في الكتاب: أنّ ولد المدبرة لا يعتق بعتق الأم، بل يعتق بما تعتق

---

(١) انظر: «الأم» (٨/ ٥٨).

(٢) انظر: «المختصر» ص٣٢٤.

به الأم وهو موت السيد بسراية[١] التدبير، وولد المكاتبة يعتق بعتق الأم بالتبعية من غير أداء منه ولا إبراء ولا إعتاق.

وقوله: (تعتق الأم في دوام الكتابة)، يشير إلى أنه إنما يعتق بعتق الأم، إذا أعتقت عن[٢] جهة الكتابة، حتى لو فسخت الكتابة ثم عتقت الأم، لا يعتق الولد.

وفي لفظ[٣] الكتاب زيادة، فإنه قال: (إلا أنّ هذا يعتق بعتق الأم)، ثم قال آخراً: (وهذا يعتق بعتق الأم في دوام الكتابة)، والثاني مغنٍ عن الأول.

التفريع:

إن قلنا: لا يثبت للولد حكم الكتابة، فهو قنّ للسيد، له بيعه وإعتاقه عن الكفّارة، والوطء إن كان الولد جاريةً، ولا يعتق بعتق الأم. وإن قلنا: يثبت، فحكم الملك فيه لمن هو؟ فيه قولان:

أشبههما ـ عند الشافعي رضي الله عنه ـ: أنه للسيد، كما أنّ حقّ الملك في الأمّ له، وكما أنّ حقّ الملك في ولد أمّ الولد للسيد[٤].

والثاني ـ وهو اختيار المزني[٥] رحمه الله ـ: أنه للمكاتبة؛ لأنه يتكاتب عليها، فيكون حقّ الملك فيه لها، كما أنّ حق الملك في المكاتب للسيد، ولأنه لو كان للسيد لما عتق بعتقها.

ويتفرع على القولين صور:

---

(١) في (ز): (لسراية).
(٢) في (أ): (من).
(٣) قوله: (لفظ) ليس في (أ).
(٤) انظر: «الأم» (٨/ ٥٨).
(٥) انظر: «المختصر» ص٣٢٤.

منها: إذا قتل الولد: فعلى القول الأول: تكون القيمة للسيد، كقيمة الأمّ لو قتلت. وعلى الثاني: تكون[١] للمكاتبة، تستعين به في أداء النجوم.

وحكى الصيدلاني وجهاً: أنها تكون للسيد أيضاً؛ لأن القتل[٢] يقطع أثر الكتابة، فيموت رقيقاً له[٣]. والأول أظهر.

ومنها: كسب الولد وأرش الجناية عليه فيما دون النفس، ومهر الوطء بالشبهة إذا ولدت المكاتبة جارية، ما حكمها؟ إن قلنا بالقول الأول، فقد قيل: إنها تصرف إلى السيد بلا توقف، كما تصرف إليه القيمة إذا قبل على هذا القول. والصحيح أنها توقف، فإن عتقت المكاتبة وعتق الولد فهي له، وإلا فللسيد، كما أنَّ كسب الأم إن عتقت يكون لها، وإلا فللسيد. وأيضاً: فإنا وإن جعلنا حقّ الملك فيه للسيد، فليس له التصرّف فيه بالبيع وغيره، بل يتوقف إلى أن يتبين أمره في الحرية، فليكن كسبه لنفسه[٤].

ثم إن أرقّت الأم نفسها مع القدرة على أداء النجوم، فقال الولد: «أؤدّي نجوم أمّي من كسبي؛ لتعتق، فأعتق»، قال في «النهاية»: لا يمكّن منه؛ لأنه بائع لا اختيار له في العتق[٥].

وإن عجزت، فأرادت أن تأخذ من كسب ولدها الموقوف، وتستعين به في أداء النجوم، فهل تجاب؟ فيه قولان:

أحدهما: نعم؛ لأنها إذا رقت، رقّ الولد وأخذ السيد كسبه، وإذا عتقت عتق، وقد يفضل شيء من الكسب، ففي إجابتها حظٌّ للولد.

(١) في (أ): (يكون).

(٢) في (أ): (القطع).

(٣) قوله: (له) ليس في (ز).

(٤) في (ي): (كنفسه).

(٥) انظر: «النهاية» (٢٥، ٢٦، ٢٧ مجلد ٢ - لوحة ٣٠٤/ ب).

و**أصحهما** ـ على ما ذكر الإمام[١] ـ: المنع؛ لأنه لا حقّ لها في كسبه على هذا القول.

فإن مات الولد في دوام التوقف، ارتفع الوقف، وصرف الموقوف إلى السيد على هذا القول. وإن قلنا بأن حقّ الملك فيه للأم، فالكسب والأرش والمهر لها، تستعين بها[٢] في أداء النجوم، ويصرف ما يحصل إليها يوماً بيوم بلا توقف.

ومنها: نفقه الولد على السيد إن قلنا: يصرف الكسب إليه في الحال. وإن قلنا: يوقف، فينفق عليه من كسبه، ويعالج جرحه، ويكفي مُؤَنَه، فما فضل فهو الذي يوقف.

فإن لم يكن له كسب، أو لم يف بالنفقة، ففيه وجهان:

أصحهما: أنها على السيد؛ لأن حقّ الملك له.

والثاني: ينفق عليه من بيت المال؛ لأنّ تكليفه النفقة من غير أن يصرف إليه الكسب في الحال، إجحاف به.

وإن قلنا: إنه يصرف الكسب إلى الأم، فالنفقة عليها[٣].

ومنها: لو أعتق السيد الولد؛ فإن قلنا: حق الملك له، وقلنا: إن الكسب يصرف إليه في الحال، أو قلنا: يوقف، ومنعناها من أخذه لأداء النجوم، فينفذ إعتاقه. فإن جوّزنا لها الاستعانة بالموقوف، فوجهان، **أظهرهما**: أنه لا ينفذ؛ لئلا يقطع حقها من كسبه. وإن قلنا: إن حق الملك في الولد للأم، لم ينفذ إعتاقه.

وقوله في الكتاب: (وينفذ إعتاقه)، يجوز أن يعلم بالواو؛ لما ذكرنا من الوجهين في نفوذ العتق إذا جوّزنا لها الاستعانة بالكسب الموقوف، مع التفريع على أنّ حقّ الملك فيه للسيد.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٤٢٢).

(٢) في (ي): (بهما).

(٣) في (ز): (فالنفقة في الحال)، وهو خطأ.

وقوله: (ويصرف كسبه إليه مهما رقّ)، وهذا لا يختص بقولنا: إنَّ الملك فيه للسيد، بل إذا رُقّ برقّ الأمّ، فكسبه مصروف إلى السيد، سواء قلنا إن حقّ الملك فيه للسيد، أو للأم.

وقوله: (وأما ولد المكاتب، من جاريته) إلى آخره، فاعلم: أنه لما ذكر القولين في ولد المكاتبة، أراد أن يبين أنّ ولد المكاتب من جاريته يفارق حكمه حكم ولد المكاتبة.

فحقّ الملك فيه للمكاتب بلا خلاف حتى يصرف كسبه إلى المكاتب بلا خلاف، ولا[1] ينفذ إعتاق السيد فيه، ونفقته على المكاتب، وإنما كان كذلك؛ لأنّ هذا الولد ولدته[2] أمَته وهي ملك له، وإذا ولدت أمَة المكاتب من زنى أو نكاح فهم[3] عبيده، نازلون منزلة سائر أكسابه، وهذا بمثابتهم، إلا أنه لا يتبعه، ويتكاتب عليه بسبب القرابة، فيعتق بعتقه ويرقّ برقّه.

وإذا عتق المكاتب وتبعه هذا الولد وفي يده كسب، فالكسب للمكاتب لا للولد. ولو كان للولد، توقف. ولو جنى هذا الولد جناية وتعلق الأرش برقبته:

فقد حكى الإمام[4] عن العراقيين: أنه إن كان له كسب، فله أن يفديه من كسبه، وإن لم يكن له كسب وأراد بيعه، فله أن يبيع كله، وإن زاد على قدر الأرش، ثم يصرف قدر الأرش إلى المجني عليه، ويأخذ الباقي.

ثم غلّط من صار إليه، وقال: الصحيح أنه لا يفدي ولده، وإن كان يفديه من كسبه؛ لأن كسب الولد كسائر أموال المكاتب، والفداء كالشراء، فليس له صرف المال

(١) في (أ): (وإلا)، وهو خطأ.

(٢) في (ز): (ولد).

(٣) في (ز): (أو نكاح أولاد أنهم).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٤٢٥).

الذي يملك التصرف فيه إلى عوض ولده الذي يملك التصرف فيه، فإنه بمثابة التبرع.

قال: والصحيح أنه إذا باع، لا يبيع منه إلا قدر الأرش، كما أن العبد المرهون إذا جنى يباع منه بقدر الجناية ولا يزاد.

وليعلم لما بينا قوله في الكتاب: (لم يكن له أن يفديه) بالواو.

وقوله: (فإنه لا ينفذ تصرّفه في ولده)، هذا توجيه إلحاق[1] الفداء بالشراء. المعنى: أنه لا ينفذ تصرفه في الولد إذا فداه، بل يتكاتب عليه، كما لا ينفذ إذا اشتراه، وكما لا يصرف المال الذي يملك التصرف فيه بالبيع ونحوه إلى شراء الولد، لا يصرفه إلى فدائه.

وفي بعض النسخ: (ولا ينفذ تصرفه في ولده)، وهو صحيح أيضاً. المعنى: أن ولده من جاريته كسائر عبيده وأكسابه، إلا أنه إذا جنى لم يكن له فداؤه[2]، وإلا أنه لا ينفذ تصرفه فيه بالبيع ونحوه، بل يتكاتب عليه.

وولد المكاتبة من عبدها: يشبه أن يكون كولد المكاتب من جاريته، وأولاد بنت المكاتبه كأولادها.

فرعان:

أحدهما: إذا اختلف السيد والمكاتبة في ولدها، فقال السيد: «ولدته قبل الكتابة، فهو رقيق لي»، وقالت: «بعد الكتابة» ـ وقد يكاتب تفريعاً على القول الأظهر ـ وكان كل واحد من الأمرين محتملاً، فإن أقام أحدهما بينة، قضي بها.

قال في «التهذيب»[3]: وإذا أقام السيد أربع نسوة على ما يقول، قبلت شهادتهن؛ لأنها شهادة على الولادة، والملك يثبت ضمناً.

---

(١) في (أ): (المحلق)، وهو خطأ.

(٢) قوله: (إلا أنه إذا جنى لم يكن له فداؤه) ليس في (ي) و(ظ).

(٣) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٤٤٨).

وإن أقام كلٌّ واحد بينةً على ما يقوله، فالصورة من صور التعارض[١].

وإن لم تكن بيّنة، فيصدّق[٢] السيد بيمينه؛ لأنه اختلاف في وقت الكتابة فيصدّق فيه السيد، كالاختلاف في أصل الكتابة. ولأنّ الأصل جواز التصرّف فيما يحدث من[٣] ملكه، وهي تدّعي حدوث مانع منه.

والثاني: زوّج أمَته من عبده، ثم كاتب العبد، ثم باع منه زوجته، وأتت بولد، واختلف السيد والمكاتب، فقال السيد: «ولدَت قبل الكتابة، فهو قنٌّ لي»، وقال المكاتب: «بل[٤] بعد الكتابة والشراء، وقد تكاتب[٥] عليّ[٦]»، فيصدق المكاتب بيمينه، بخلاف ما ذكرنا في الفرع السابق.

لأن المكاتب هاهنا[٧] يدعي ملك الولد؛ لما مرّ أن ولد أمته ملكه، ويده مقرّة[٨] على هذا الولد، واليد تدل على الملك، فصار كما لو كان في يده مال وادعاه السيد.

والمكاتبة هناك لا تدعي الملك، ولا تقرّ يدها[٩] على الولد، وإنما تدعي توقف أمره وثبوت حكم الكتابة فيه، ولا دلالة لليد على ما يدعيه.

---

(١) في (ي): (التقاص).
(٢) في (ز): (فالمصدق).
(٣) في (أ): (في).
(٤) قوله: (بل) ليس في (أ).
(٥) في (ظ): (وقد يكاتب).
(٦) قوله: (عليّ) ليس في (ظ).
(٧) في (ي) و(ظ): (هناك).
(٨) في (ز): (مقرّرة).
(٩) في (ظ): (ولدها)، وهو خطأ.

آخر:

حكى الصيدلاني: أنّ الشافعي[١] رضي الله عنه قال: لو أتت بولدين، أحدهما قبل الكتابة، والآخر بعدها، فهما للسيد؛ لأنهما حملٌ واحدٌ، وكذا لو أتت بأحدهما من يوم ملك الأم لأقل من ستة أشهر، وبالآخر لأكثر، فهما للسيد.

وأن الشيخ أبا زيد أفتى بذلك.

والصحيح: أن كلام الشافعي[٢] رضي الله عنه مؤوّل، وأنّ الحمل يتبع الأم في البيع كيف كان، حتى لو وضعت ولداً وفي بطنها آخر فبيعت، فالولد الثاني مبيع معها، وإن كان الأول للبائع. وهذا ما أورده صاحب «التهذيب»[٣].

قال:

(فرع: إذا وطئَ السَّيدُ مكاتبتَه فقد تَعدّى، ولكن لا حدَّ، ويَجبُ المَهر، وقيمةُ الولدِ إن قلنا: إنّ ولدَها كسبُها، فإن ولدَت بعدَ العَجزِ والرِّقِّ أو بعدَ العتق[٤] فلا شيءَ لها، ثم هي مُستولدةٌ ومكاتبَة، فإن أَدَّتِ النُّجومَ عتقَت، وإلا عَتقَت بموتِ السَّيد).

السيد ممنوع من وطء مكاتبته؛ لاختلال ملكه فيها، ولو شرط في الكتابة أن

---

(١) انظر: «الأم» (٨/ ٥٧) حيث قال رضي الله عنه: «ولو أقام السيد البينة على ولدين ولدا للمكاتب، في بطنٍ، أحدهما ولد قبل الكتابة، والآخر بعدها، كانا مملوكين للسيد، لأنه إذا رقّ له أحدهما رقّ الآخر، لأن حكم الولدين في البطن حكم واحد».

(٢) «الوسيط» (٧/ ٥٣٧)، «التهذيب» (٨/ ٤٤٣)، و«الروضة» (١٢/ ٢٨٦).

(٣) انظر: (٨/ ٤٤٣).

(٤) قوله: (أو بعد العتق) ليس في (أ).

يطأها، فسد العقد، خلافاً لمالك رحمه الله حيث قال: يصح العقد ويلغو الشرط[١]، ولأحمد[٢] رحمه الله حيث قال بصحتهما[٣].

ثم إن خالف ما ذكرناه، ووطيء مكاتبته، فلا حدّ عليه، سواء كان عالماً بالتحريم أو جاهلاً؛ لأن له فيها ملكاً وإن كان ضعيفاً، ألا ترى أنه ينفذ إعتاقه فيها.

ويجيء قولٌ قديمٌ في وجوب الحدّ، ذكرناه في باب[٤] حد الزنى[٥]، وقد أشار إليه أبو الفرج السرخسي هاهنا. فيجوز أن يعلم قوله: (ولكن لا حدَّ)، بالواو.

ويعزّر إن كان عالماً بالتحريم، وكذلك المكاتبة. وفي «كتاب القاضي ابن كجّ» رحمه الله، حكاية وجه: أنه لا يعزّر وإن كان عالماً؛ للشبهة في المحلّ. وحقّ هذا أن يطرد في نظائره.

ويجب المهر في صورتي العلم والجهل، إن كانت هي مكرهة. وإن طاوعته:

ففي وجه: لا يجب المهر؛ لأنها أهدرت نفسها بلا عوض. وعن «المنهاج» ترجيح هذا الوجه.

والصحيح ـ وهو المنصوص في «الأم»[٦] ـ: أنه يجب مع الطواعية؛ لأن المسقط للحد شبهة الملك، وهي تقتضي وجوب المهر مع الطواعية، كشبهة الملك[٧].

---

(١) انظر: «مختصر خليل» ص٢٩٨.

(٢) انظر: «المقنع» ص٢٠٢.

(٣) في (ي) و(ظ): (بصحتها).

(٤) في (ي): (كتاب).

(٥) انظر: «الوجيز» (٢/ ١٧٠)، وما سلف (١٩/ ١٠٨).

(٦) «الأم» للشافعي (٨/ ٦٣).

(٧) انظر: «الأم» (٨/ ٥٩)، و«الوسيط» (٧/ ٥٣٨)، و«الروضة» (١٢/ ٢٩١)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٥٢٥).

وعن مالك[١]: أنه لا حدّ بحال.

لنا: أن منافع بُضْعها لها، ألا ترى أنه لو وطئها غيره بشبهة كان المهر لها.

وإذا وجب المهر فلها أخذه في الحال، فإن حلَّ عليها نجم وهما من جنس واحد فعلى الخلاف في التقاص. وإن عجزت قبل أخذه سقط. وإن عتقَتْ بأداء النجوم، فلها المطالبة به.

ولو أن السيد أولدها، فالولد حر؛ لأنها علقت به في ملكه، وتصير هي مستولدة له. وهل عليه قيمة الولد؟ إن قلنا: إن ولد المكاتبة قِنّ للسيد، أو قلنا: يتكاتب لكن حق الملك فيه للسيد، فلا شيء عليه، كما لو قتل ولد المكاتبة.

وإن قلنا: الحق لها، فعليه القيمة، وتستعين المكاتبة بها، فإن عجزت قبل الأخذ سقطت، وإن عتقت أخذتها، وإن[٢] ولدت بعدما عجزت ورقت، فلا شيء لها، وكذا لو ولدت بعدما عتقت؛ لأنه حين تعذّر تقويمه[٣] ليس بكسب مكاتبه.

وقوله في الكتاب: (أو بعد العتق)، في بعض النسخ: (أو بعد الموت)، أي: بعد موت السيد، فإنها تعتق بموته من جهة أنها مستولدة، ثم لا ترتفع الكتابة بإيلادها، بل هي مستولدة ومكاتبة.

فإن عجزت ثم مات السيد، عتقت عن الاستيلاد، والأولاد الحادثون بعد الاستيلاد من النكاح[٤] أو الزنى يتبعونها، والحاصلون قبل الاستيلاد أرقاء للسيد.

---

(١) انظر: «مختصر خليل» ص٢٩٨.

(٢) في (ز): (ولكن).

(٣) في (أ) و(ي): (تقوّمه).

(٤) في (ي): (بالنكاح).

وإن مات السيد قبل عجزها، عتقت. قال في «التهذيب»[1]: ويتبعها أكسابها. وتعتق عن الكتابة، أو الاستيلاد؟ فيه وجهان:

أصحهما: عن الكتابة، كما لو أعتق السيد المكاتب أو أبرأه عن النجوم، وعلى هذا، فالأولاد الحادثون بعد الكتابة وقبل الاستيلاد، هل يتبعونها؟ فيه الخلاف السابق.

والثاني: أنها تعتق عن الاستيلاد؛ لأنه آكد.

وأجرى هذا الخلاف فيما إذا عَلَّقَ عتق المكاتب بصفة ووجدت الصفة قبل أداء النجوم، وفيما إذا تقدم الاستيلاد على الكتابة.

قال في «التهذيب»[2]: وإذا استولد ثم كاتب وأدّت النجوم، فالأكساب الحاصلة بعد الكتابة تتبعها، والحاصلة قبل الكتابة للسيد، والأولاد الحاصلون بعد الاستيلاد يتبعونها، وهذا مبنيٌّ على أنّ كتابة المستولدة جائزة، وفيه خلاف قد تقدّم.

فرعان:

أحدهما: ليس للسيد وطء أمَة مكاتبه أو مكاتبته. فإن وطئها فلا حدّ عليه؛ للشبهة، فإنه يملك سيدها. ويلزمه المهر للمكاتب، أو المكاتبة فإن أكسابها لسيدها والمهر من أكسابها.

وإن أولدها، فالولد حر نسيب، وتصير الأمَة مستولدة له. قال في «الشامل»: ويجب عليه قيمتها لسيدها؛ لأنها ملكه، ولا يجب عليه قيمة الولد؛ لأنها وضعته في ملكه، ويجيء فيه الخلاف الذي سبق.

---

(١) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٤٤٣).

(٢) المرجع السابق (٨/ ٤٤٣).

والثاني: للسيد وطء بنت المكاتبة إن لم يثبت حكم الكتابة في ولد المكاتبة، وإن أثبتناه فليس له وطؤُها، ولكن لا حدّ عليه، والمهر مبنيٌّ على الخلاف السابق في الكسب: إن قلنا: إنه يصرف إلى السيد في الحال، فلا مهر عليه. وإن قلنا: إنه للأم، فكذلك المهر.

وإن قلنا بالتوقف، فينفق منه عليها، ويوقف الباقي، فإن عتقت بعتق الأم فهو لها، وإن عجزت فهو للسيد. وإن أولدها، صارت مستولدة له، والولد حرّ نسيب.

ولا يجب عليه قيمة المستولدة لأمها؛ لأن الأم لا تملكها، وإنما يثبت[1] لها حق العتق بعتق الأم، وقد تأكد ذلك بالاستيلاد. هكذا ذكره ابن الصباغ رحمه الله. وقد سبق في مثلها[2] قولان، في أنه: هل تجب القيمة للأم؟ فينبغي أن يكون هاهنا كذلك.

قال في «التهذيب»[3]: ويبقى حكم الكتابة فيها حتى تعتق بعتق الأم، ويكون الكسب لها إذا جعلنا الحقّ فيها[4] للأم. فإن مات السيد، عتقت البنت بموته، وتؤخذ القيمة من تركته للأم إذا جعلنا الحقّ لها، كما في القتل. وقيمة الولد، على ما ذكرنا في ولد المكاتب.

ويتعلق بالفصل مسألة طويلة الذيل، أفرد لها في «المختصر»[5] باباً صالحاً، وهي القول في الأَمَة المشتركة إذا كاتبها مالكاها معاً ثم وطئها أحدهما:

---

(١) في (أ): (وإنه ثبت).

(٢) في (أ): (قتلها).

(٣) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٤٤٦).

(٤) في (ي): (حقّ العين).

(٥) انظر: «المختصر» ص٣٢٦، وانظر: «الحاوي» (٢٢/ ٢٥٠)، و«الوسيط» (٧/ ٥٣٨)، و«التهذيب» (٨/ ٤٤٩)، و«الروضة» (١٢/ ٢٩٢).

وحكم الحد، والتعزير، ولزوم المهر على الواطئ، كما ذكرنا في المالك الواحد.

ثم إن لم يحل عليها نجم، فلها أخذ المهر في الحال. وإن حلَّ، فإن كان معها مثل المهر، فيدفعه إلى الذي لم يطأ، وفي المهر ونصيب الواطئ من النجم الذي حلّ، الخلاف[١] في التقاص. وإن لم يكن معها شيء آخر، فنصف النجم للواطئ مع المهر، على الخلاف في التقاص، والنصف الآخر يدفع إلى الذي لم يطأ.

وإن عتقت المكاتبة قبل أخذ المهر وصيرورته قصاصاً، أخذته. وإن عجزت بعد أخذه، فإن بقي فهو للسيد، وإن تلف فقد تلف من ملكها.

وإن عجزت قبل أخذه: فإن كان في يدها بقدر المهر مال، أخذه الذي لم يطأ[٢]، وبرئت ذمة الواطئ. وإن لم يكن معها شيء، فللذي لم يطأ أن يأخذ نصف المهر من الواطئ؛ لأنه وطيء جارية مشتركة بينهما.

فإن أحبلها، نظر: إن ادّعى الاستبراء وحلف عليه، وأتت بولد لستة أشهر فصاعداً من وقت الاستبراء، لم يلحقه، وهو كولد المكاتبة من الزوج أو الزنى، وقد مرّ حكمه.

وإن لم يدّع الاستبراء، أو أتت بالولد لما دون ستة أشهر، فالولد ملحق به، ويثبت الاستيلاد في نصيبه من الأمَة مع بقاء الكتابة فيه.

ثم هو إما معسرٌ أو موسر: إن كان معسراً، فلا يسري الاستيلاد إلى نصيب الشريك، وليس فيه إلا الكتابة: فإن أدّت النجوم إليهما عتقت بالكتابة، وبطل حكم الاستيلاد. وإن عجزت وفسخا الكتابة، فنصفها قِنٌّ، والنصف الآخر على حكم الاستيلاد.

(١) في (أ): (خلاف).

(٢) في (ي): (يطأها).

وإن مات الواطئ قبل الأداء والفسخ، عتق نصفها، وبقيت الكتابة في النصف الآخر. وإن مات بعد الفسخ، عتق النصف، والباقي قِنٌّ، وفي الولد وجهان:

أحدهما ـ وبه قال ابن أبي هريرة ـ: أنه ينعقد كله حراً؛ لشبهة الملك، ولأن الرق لا يتبعض ابتداء.

والثاني ـ وبه قال أبو إسحاق ـ: نصفه حرّ ونصفه رقيق؛ لأن أحد نصفي الجارية ليس له، ولو لم تكن كلها له لكان الولد رقيقاً، فإذا لم يكن نصفها له كان بعضه رقيقاً. وفي «التهذيب»[(١)]: أن هذا أصح. وقد سبق للصورة نظائر[(٢)].

فإن قلنا: إنه ينعقد كله حراً، وفرعنا على أن ولد المكاتبة قنّ للسيد، فعلى الواطئ نصف قيمة الولد للشريك الآخر، ويسقط قسطه منها. وإن قلنا يثبت فيه حكم الكتابة، وجعلنا الحق فيه للسيد فكذلك الجواب، وإن جعلنا الحقّ للمكاتبة فعليه جميع قيمة[(٣)] الولد لها[(٤)] تستعين بها في أداء النجوم:

فإن عتقت قبل أخذها أخذتها، وإن عجزت قبل الأخذ، أخذ الشريك الآخر نصفها وسقط النصف.

وإن قلنا ينعقد نصفه حرّاً ونصفه رقيقاً: فإن جعلنا ولد المكاتبة قناً للسيد، فالنصف الرقيق للشريك، ولا يجب شيء من قيمة الولد على الواطئ. وإن أثبتنا حكم الكتابة في ولد المكاتبة، فالنصف الرقيق يتكاتب عليها، إن عتقت عتق، وإلا رقّ للشريك الآخر.

---

(١) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٤٤٩).

(٢) قوله: (للصورة نظائر) ليس في (ز).

(٣) في (أ): (قيمة جميع).

(٤) قوله: (لها) ليس في (ز).

وقيمة النصف الحرّ، هل تجب على الواطئ؟ يبنى على أنّ الحقّ في ولد المكاتبة للسيد أو لها؟ إن قلنا بالأول لم يجب، وإلا وجبت[١]. ثم إن عتقت، عتق الولد، وسلّم لها نصف القيمة، فتأخذه إن لم تكن أخذت. وإن عجزت، سقط عنه، فإن[٢] كان قد دفع استردّه إن كان باقياً.

وإن كان موسراً، سرى الاستيلاد إلى نصيب الشريك، وكان الولد كله حراً، ومتى يسري؟ فيه طريقان[٣]:

قال الأكثرون: فيه قولان ـ كما لو أعتق أحد الشريكين نصيبه من المكاتب ـ:

ففي **أحد القولين**: يسري في الحال.

وفي **الثاني**: عند العجز.

وعن أبي علي بن أبي هريرة وغيره: القطع بأنه يسري عند العجز.

والفرق: أنّ السراية في الحال تتضمّن نقل الملك في المكاتب وفسخ الكتابة.

وإنما احتملنا ذلك؛ لحصول العتق الناجز، والاستيلاد لا يُنجِّز العتق، فلا يحتمل رفع الكتابة به.

ومن نصر الأول، قال: كما أنّ الإعتاق الناجز أقوى من الكتابة، فالاستيلاد[٤] أقوى وأثبت منها، فجاز أن يرفع به.

---

(١) في (ي): (وجب).

(٢) في (ز): (وإن).

(٣) قوله: (طريقان) ليس في (ز).

(٤) من قوله: (لا ينجز العتق) إلى هنا ليس في (ظ).

فإن قلنا بالسراية في الحال؛ فتنفسخ الكتابة في نصيب الشريك، وتبقى في نصيب الواطئ، ويثبت الاستيلاد في جميع الجارية. فعلى الواطئ للشريك، نصف مهرها ونصف قيمتها.

وأما نصف قيمة الولد، فقد قال الإمام[١] رحمه الله: كما لو استولد أحد الشريكين الجارية القنة، وانعقد الولد حراً، ففي وجوب قيمته قولان؛ بناء على أنّ العلوق على الحرية، وانتقال الملك، هل يفترقان أم لا؟ وفي «التهذيب»[٢]: أنا إن قلنا: إن السراية تحصل بنفس العلوق، فلا يجب. وإن قلنا: تحصل بأداء القيمة، فيجب؛ لتقدّم العلوق على الملك.

وعلى الواطئ أيضاً: نصف المهر للمكاتبة؛ لبقاء الكتابة في نصيبه. وهل يجب نصف قيمة الولد لها؟ يبنى على أنّ الملك في ولد المكاتبة لمن هو؟

ولو أدّت نصيب الواطئ من مال الكتابة، عتق نصيبه وسرى إلى الباقي.

وإن عجزت وفسخ الكتابة، بقيت مستولدة محصنة. فإن[٣] قلنا بالسراية عند العجز: فإن أدّت النجوم عتقت عن الكتابة، وولاؤها بينهما، ويبطل حكم الاستيلاد. ولها المهر على الواطئ تأخذه إن لم تكن أخذته[٤].

ويجب نصف قيمة الولد للشريك، إن قلنا: ولد المكاتبة قن للسيد، أو قلنا: يثبت فيه حكم الكتابة، وحقّ الملك فيه للسيد. وإن قلنا: الحق فيه للمكاتبة، فتجب جميع القيمة لها.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٤٣١).

(٢) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٤٥٢).

(٣) في (ز): (وإن).

(٤) قوله: (إن لم تكن أخذته) ليس في (ز).

وإن لم تؤدّ النجوم وعجزت، فعلى الواطئ للشريك: نصف مهرها، ونصف قيمتها، ونصف قيمة الولد.

هذا تمام الكلام فيما إذا وطئ أحد الشريكين.

وإن[1] وطئاها جميعاً؛ نظر: إن لم يحصل علوقٌ، فحكم الحدّ والتعزير كما سبق، ويجب على كلّ واحدٍ[2] منهما مهر كامل.

وإذا عجزت ورقّت بعد قبض المهرين، لم يطالب أحدهما الآخر بشيء، ويقتسمانِ المهرين إن كانا باقيين. وإن عجزت قبل قبضهما، سقط عن كلّ واحد منهما نصف ما لزمه، ويجيء في النصف الآخر التقاص.

وقد يكون أحد المهرين أكثر من الآخر؛ إما لكونها بكراً عند وطء أحدهما، ثيباً عند وطء الآخر، أو لاختلاف حالها في الصحة والمرض، وغيرهما من الأحوال، فيأخذ مستحق الفضل الفضل.

وإن أفضاها أحدهما فعليه نصف القيمة للشريك، وإن افتضّها فعليه نصف أرش الافتضاض مع المهر. وإن ادّعى كلُّ واحد منهما على الآخر «أنه الذي أفضى» أو «افتضّ»، حلف كلّ واحد منهما للآخر، فإن حلفا فذاك. وإن حلف أحدهما دون الآخر، قضي للحالف.

وإن حصل علوقٌ، فينظر: إن أتت بولدٍ واحدٍ، أو أتت بولدٍ من كلّ واحدٍ منهما:

---

(١) في (ز): (فإن).

(٢) في (أ): (واكل).

الحالة الأولى: إذا أتت بولدٍ واحدٍ، فينظر: إن ادّعيا الاستبراء وحلفا عليه، لم يلحق بواحدٍ منهما، وهو كولدٍ تأتي به المكاتبة من زوجٍ أو زنى.

وإن لم يدّعيا الاستبراء، فإما أن لا يمكن أن يكون من واحدٍ منهما، وإما أن يمكن أن يكون من الأول دون الثاني، وإما أن يكون بالعكس، وإما أن يمكن أن يكون من كلّ واحدٍ منهما. فهذه أربعة أقسام:

الأول: إذا لم يمكن أن يكون من واحدٍ منهما؛ بأن ولدته لأكثر من أربع سنين من وطء الأول ولما دون ستة أشهر من وطء الثاني، أو لأكثر من أربع سنين من وطء آخرهما وطئاً، فهو كما لو ادّعيا الاستبراء.

وحكم المهر في الحالتين، كما إذا لم يكن علوق.

والثاني: إذا أمكن أن يكون من الأول دون الثاني؛ بأن ولدته لما بين أقلّ مدة الحمل وأكثرها من وطء الأول، ولما دون أقلّ مدّة الحمل من وطء الثاني؛ فالولد ملحق بالأول، ويثبت الاستيلاد في نصيبه.

ثم هو: إما معسرٌ فلا سراية، وتبقى الكتابة في جميعها.

فإن[1] أدّت النجوم وعتقت، فلها على كلّ واحدٍ منهما كمال المهر.

وإن رقّت، فنصفها قِنٌّ للثاني، ونصيب الأوّل يبقى على حكم الاستيلاد، ولكلّ واحدٍ منهما على الآخر نصف المهر، وهو من صور التقاصّ والخلاف فيه.

وأما الولد، فكله حرٌّ، أو يتبعّض فيه الرقّ والحرّية؟ فيه الخلاف الذي سبق[2].

---

(١) في (ي): (وإن).

(٢) من قوله: (وأما الولد فكله حُرّ) إلى هنا ليس في (ي).

وإما موسر، فالولد حرٌّ كله[١]، ويسري الاستيلاد من نصيبه إلى نصيب شريكه، ويعود الخلاف في أنه يسري في الحال، أو عند العجز؟

فإن قلنا: يسري في الحال؛ انفسخت الكتابة في نصيب الثاني، وتبقى في نصيب الأوّل. وإن قلنا: عند العجز، فإذا عجزت ورُقَّت، ارتفعت الكتابة، وهي مستولدة له[٢] على القولين.

والحكم فيما إذا أدّت النجوم وعتقت، على ما سبق فيما إذا وطئها أحدهما وأولدها. وكذا الحكم لو عتقت بالموت.

وما ذكرنا أنه يجب للشريك الآخر على الذي أولدها من المهر وقيمة الجارية وقيمة الولد، تجب هاهنا للثاني على الأول.

ووطء الثاني: إن كان بعدما حكمنا بمصير[٣] جميعها أم ولد للأول، يوجب جميع المهر، فإن بقيت الكتابة في نصيب الأول فهو بينه وبين المكاتبة، وإن ارتفعت في نصيبه أيضاً، فجميعه له.

وإن كان قبل الحكم بمصير[٤] جميعها أمّ ولد له، لم يلزمه إلا نصف المهر؛ لأن السراية إذا حصلت أخيراً، انفسخت الكتابة وعاد نصفه رقيقاً، فتكون الأكساب له، والمهر من الأكساب.

ثم ذلك النصف للمكاتبة إن بقيت الكتابة في نصيب الأول، وإلا فهو للأول.

---

(١) في (ز): (كله حُرٌّ).

(٢) قوله: (له) ليس في (ز).

(٣) في (أ): (مصير).

(٤) في (ي): (مصير)، وفي (أ): (يصير).

هكذا ضبط القول فيما يجب على الثاني جماعةٌ، منهم صاحب «الشامل».

واعلم أنّ وطء الثاني إذا وقع بعد الحكم بمصير جميعها أم ولد للأول، فقد وقع بعد ارتفاع شبهة الملك، وانقطاع علقته عنها، وحينئذ فيكون زنىً.

والذي أطلق من وجوب جميع المهر، مصوّرٌ فيما إذا فرضت شبهة أخرى.

وأطلق في «المختصر»[1] قولين في أنه يجب على الثاني بوطئه جميع المهر، أو نصفه؟ وبنى ذلك على أن السراية تتعجّل، أو تتوقف على أداء القيمة؟ إن قلنا: تتعجّل، فعليه جميع المهر؛ لأنه وطئها والملك خالص للأوّل. وإن قلنا: تتوقف على أداء القيمة، فعليه النصف؛ لأنّ الجارية مشتركة بعد.

وعن أبي إسحاق: أن الصحيح وجوب الجميع، وأنه اختيار الشافعي والمزني رضي الله عنهما[2].

والقسم الثالث: إذا أمكن أن يكون من الثاني دون الأول، بأن ولدته لأكثر من أربع سنين من وطء الأّول، ولما بين أربع سنين وستة أشهر من وطء الثاني، فالولد ملحق بالثاني ويثبت الاستيلاد في نصيبه ولا سراية إن كان معسراً، وفي تبعض الحرية في الولد الخلاف السابق. وإن كان موسراً، سرى الاستيلاد، إما في الحال أو عند العجز، على ما سبق.

ويجب على الثاني في هذا القسم، ما ذكرنا أنه يجب على الأوّل في القسم الثاني.

وأما الأوّل: ففي «التهذيب»[3] أنه إن كان الثاني معسراً، فعلى الأوّل كمال المهر للمكاتبة، تستعين به في أداء النجوم.

---

(١) انظر: «المختصر» ص٣٢٦.

(٢) انظر: «الأم» (٨/ ٦٠). وانظر: «المختصر» ص٣٢٦، و«الحاوي» (٢٢/ ٢٥٣)، و«الروضة» (١٢/ ٢٩٤).

(٣) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٤٥٢).

وإن كان موسراً، فإن قلنا: السراية تحصل بعد العجز، فكذلك الجواب. وإن قلنا: تحصل في الحال، فتنفسخ الكتابة في نصيب الأول، ولا[١] يجب إلا نصف المهر لها، تستعين به في أداء نصيب الشريك من النجوم. وأطلق العراقيون والروياني وغيرهم: أنه لا يجب على الأوّل عند يسار[٢] الثاني إلا نصف المهر.

والقسم الرابع: إذا أمكن أن يكون الولد من كلّ واحد منهما، بأن ولدته لما بين ستة أشهر وأربع سنين من وطء كلّ واحد منهما، وادّعيا الولد، أو ادّعاه أحدهما، فيعرض على القائف، فمن ألحقه به منهما، كان الحكم كما لو تعين اللحوق به.

وإن تعذّرت الاستفادة من القائف، فيعتمد انتسابه بعد البلوغ، ويكون الحكم على ما بيناه.

قال الإمام[٣]: ولو فرض ذلك في الأمَة القِنَّة، وعرض الولد على القائف فألحقه بأحدهما، يلحقه[٤] الولد ويثبت الاستيلاد في نصيبه، ولا يسري إن كان معسراً، لكن يثبت الاستيلاد في نصيب الآخر أيضاً بإقراره أنها مستولدته.

وإن كان موسراً، سرى، ولا يلزمه للشريك قيمة نصيبه؛ لأنه يدّعي أنّ الجارية مستولدته، فيؤاخذ بموجب إقراره.

وإذا لم نجد القائف، والمتداعيان موسران، فيحكم بأنّ الجارية مستولدة بينهما، نصفها لهذا ونصفها لهذا؛ إذ ليس أحدهما بأولى بالسراية من الآخر[٥].

---

(١) قوله: (لا) ليس في (أ).

(٢) في (أ): (تساوي).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٤٣٥).

(٤) في (ز): (فيلحقه)، وفي (أ): (فلحقه).

(٥) في (ي): (للآخر).

ولو أقـرّا بالوطء وسكـتا عن دعوى الولد، فألحقه القائف بأحـدهما، ثبت الاستيلاد في نصيبه، وسرى، وعليه أن يغرم للشريك؛ لأنه لم يوجد هاهنا إقرار ينافي الغرم.

ولو لم يوجد قائف، واعتمدنا انتسابه بعد البلوغ، فهل يثبت الغرم والصورة هذه؟ فيه ترددٌ مفهومٌ من كلام الأصحاب رحمهم الله.

الحالة الثانية: إذا أتت بولدين وعرفا حالهما، واتفقا على «أنّ هذا من هذا، وهذا من هذا»، وفيها مسألتان:

إحداهما: إذا اتفقا على السابق منهما، فينظر: إن كانا موسرين، أو كان الأوّل موسراً، فتصير الجارية مستولدة للأول، وعليه للثاني نصف مهرها، ونصف قيمتها، وفي وجوب نصف قيمة الولد خلاف. قال في «التهذيب»[1]: إن قلنا: تحصل السراية بنفس العلوق، فلا يجب. وإن قلنا: تتوقف على العجز، أو قلنا: لا تحصل إلا بأداء نصف قيمة الولد[2]، فيجب.

وأما **الثاني**: فإن وطئها بعدما صار جميعها مستولدة للأول، وهو عالم بالحال، فعليه الحدّ، وولده رقيقٌ للأول.

وإن كان جاهلاً، فالولد حرّ، وعليه تمام المهر، وتمام قيمة الولد يوم الوضع، ويكون جميعها للأول، إن ارتفعت الكتابة في نصيبه أيضاً، وإن بقيت فنصف المهر له، ونصفه للمكاتبة، ونصف قيمة الولد له[3]، ونصفها على الخلاف في ولد المكاتبة.

وإن وطئها قبل أن يصير جميعها مستولدة للأول، فلا يلزمه إلا نصف المهر؛ لأن

---

(١) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٤٥٠).

(٢) في (ز): «بأداء القيمة». (م ع).

(٣) قوله: (له) ليس في (أ) و(ي) و(ظ).

نصفها له بعد، وفي تبعيض[1] حرية الولد ما سبق، فإن لم يتبعض فعليه نصف قيمة الولد، ولا يثبت الاستيلاد في نصيب الثاني، وإن بقي نصيبه له؛ لأن الأول استحق السراية، فلا يجوز إبطال حقه عليه.

وعن القفال: أن فيه وجهين، كما لو أعتق أحد الشريكين نصيبه وهو موسر، وقلنا: إن السراية تتوقف على أداء القيمة فأعتق الآخر نصيبه قبل أدائها.

وإن كانا معسرين أو كان الأول معسراً، ثبت الاستيلاد في نصيب الأول، ولم يسر. فإذا أحبلها الثاني، ثبت في نصيبه أيضاً، وعلى كل واحد منهما تمام المهر للمكاتبة.

فإن عجزت[2] قبل الأخذ، فعلى كل واحد منهما[3] نصف المهر للشريك الآخر، ومن مات منهما عتق نصيبه بحكم الاستيلاد.

وذكر في «التهذيب»[4]: أن في تبعيض[5] الحرية في ولد كل واحد منهما، الخلاف السابق.

وأنا إذا لم نحكم بالحرية في نصفه فهو قنٌّ للآخر، أو يتكاتب؟ فيه الخلاف.

وأنه لا يجب على واحد منهما شيء من قيمة الولد. وفي «أمالي» أبي الفرج السرخسي: أنا إذا قلنا بالتبعيض، فالجواب كذلك. أما إذا قلنا بحرية الجميع، فعلى كلّ واحدٍ منهما للآخر نصف قيمة ولده.

---

(١) في (ي): (تبعض).

(٢) في (أ): (عجز).

(٣) من قوله: (تمام المهر للمكاتبة) إلى هنا ليس في (ي) و(ظ).

(٤) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٤٥٣).

(٥) في (أ): (تبعُّض).

ولم يُجزِ العراقيون وغيرهم الخلاف في تبعيض[١] الحرية في ولد كلّ واحد منهما إذا كان الأول معسراً والثاني موسراً، وحكموا بأنّ ولد الموسر حرٌّ كله، والخلاف مخصوص بالمعسر.

المسألة الثانية: إذا اختلفا في السابق فقال كلّ واحدٍ منهما: «أنا أولدتها أولاً ولدي هذا»، وكان كلّ واحدٍ من القولين محتملاً، فهما إما موسران أو معسران، أو أحدهما موسرٌ دون الآخر، والاعتبار في اليسار والإعسار[٢]، بحالة الإحبال:

الحالة الأولى: إذا كانا موسرين، فكلّ واحد منهما يدّعي على الآخر جميع المهر، وجميع قيمة ولده؛ لأنه يقول: «وطئتها وهي مستولدتي»، أو يدعي نصفها[٣] على ما فصلنا في المسألة السابقة، وكلّ واحد يقرّ للآخر بنصف المهر ونصف قيمة الجارية، فإنه يقول: «أولدتها وهي مشتركة، فصارت مستولدة لي»، ويقرّ أيضاً بنصف قيمة الولد على اختلاف فيه، وما يقرّ به كل واحد للآخر من نصف قيمة الجارية يكذّبه الآخر فيه، ومن أقرّ بحقٍّ لغيره فكذّبه، سقط إقراره به، فتبقى دعوى كلّ واحدٍ منهما على الآخر في المهر وقيمة الولد.

فإن اقتضى الحال التسوية بينهما، لم يعظم أثر الاختلاف[٤]، وجاء الكلام في التقاصّ. وإن تفاوتا، حلف كلّ واحدٍ منهما على نفي ما يدعيه الآخر.

وفي «التهذيب»[٥] وجه: أنهما يتحالفان على النفي والإثبات. وإذا حلفا، فلا

(١) في (أ): (تبعض).
(٢) في (أ): (الاعتبار).
(٣) في (أ): (نصفهما).
(٤) في (ز): (الخلاف).
(٥) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٤٥٣-٤٥٤).

شيء لواحد منهما على الآخر، وهي مستولدة أحدهما لا على التعيين، ونفقتها عليهما.

فإذا ماتا، فهي حرة، والولاء موقوف بينهما. وإن مات أحدهما: فالأظهر: أنه لا يعتق منها شيء؛ لجواز أنها مستولدة الآخر.

وعن أبوي علي؛ ابن أبي هريرة والطبري: أنه يعتق نصفها بموت أحدهما، واختاره القاضيان أبو الطيب والروياني، وحكى ذلك عن نصّه[1] رضي الله عنه في «الأم»[2]؛ ووجّه بأنه كان يملك نصفها، وقد أولدها وشككنا في أنّ إحبال شريكه هل يسري إلى نصيبه، فيعتق نصيبه بالظاهر.

الثانية: إذا كانا معسرين، فلا ثمرة للاختلاف، والحكم كما لو عرف السابق وهما معسران.

وإذا مات أحدهما عتق نصيبه وولاؤه لعصباته، وإن ماتا فالولاء للعصبتين بالسوية. وروى الربيع رحمه الله في «الأم»[3]: أنّ الولاء يوقف، وإن كانا معسرين.

وذكر عامة الأصحاب رحمهم الله، أنّ هذا سهو وغلط، إما من الربيع أو من غيره. وقيل: أراد حالة الموت، فلا فرق حينئذ بين أن يكونا موسرين أو معسرين؛ لما ذكرنا أن الاعتبار في اليسار والإعسار بحالة الإحْبال.

الحالة الثالثة: إذا كان أحدهما موسراً والآخر معسراً، فيحلف كلّ واحدٍ منهما على نفي ما يدعيه الآخر[4] عليه[5]، ويثبت الاستيلاد للموسر في نصيبه لا ينازعه المعسر

---

(١) في (أ): (وذكر)، وهو خطأ.

(٢) انظر: «الأم» (٨/ ٦٥).

(٣) «الأم» للشافعي (٨/ ٦٥).

(٤) قوله: (الآخر) ليس في (ظ).

(٥) قوله: (عليه) ليس في (ز).

فيه، ويتنازعان في نصيب المعسر، فنصف نفقتها على الموسر، والنصف بينهما.

ثم إن مات الموسر أولاً، عتق نصيبه، وولاؤه لورثته. فإذا مات المعسر بعده[١]، عتق نصيب[٢] الآخر، وولاؤه موقوف بينهما.

وإن مات المعسر أولاً، لم يعتق منه شيء.

فإذا مات الموسر بعده عتقت كلها، وولاء نصفها لورثته، وولاء النصف الآخر موقوف.

قال الصيدلاني: هذا إذا قلنا: لا تتوقف سراية الاستيلاد على أداء القيمة، فإن قلنا: تتوقف على أداء القيمة، فهاهنا لا أداء، فتكون الجارية مستولدتها، ويكون الولاء بينهما، ولا توقُّفَ.

ولو كان الاختلافُ على عَكْسِه، فقال كلّ واحدٍ منهما للآخر: «أنت وطئت أولاً، فسرى إلى نصيبي»، وهما موسران، قال في «التهذيب»[٣]: يتحالفان، ثم نفقتها عليهما، وإذا مات أحدهما لم يعتق نصيبه؛ لاحتمال أنّ الآخر سبقه بالاستيلاد، ويعتق نصيب الحي؛ لأنه أقرّ بأنّ الميت أولد أولاً، وسرى إلى نصيبه[٤] وعتق بموته، وولاء ذلك النصف موقوف.

وإذا مات الآخر، عتق كلها، وولاء الكلّ موقوف.

وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً، فقال المعسر: «سرى إيلادك إلى نصيبي»،

(١) قوله: (بعده) ليس في (ز).

(٢) في (أ): (النصف).

(٣) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٤٥٤).

(٤) في (أ) و(ي): (نصيبي).

وقال الموسر: «أنت أحبلت أولاً ولم يسر إلى نصيبي»، فيتحالفان، ثم النفقة عليهما، فإن مات الموسر أولاً، عتق كلها.

أما نصيب الموسر فبموته، وولاؤه لعصبته، وأما نصيب المعسر فبإقراره، وولاء نصيبه موقوف.

وإن مات المعسر أولاً، لم يعتق منها شيء؛ لاحتمال أنّ الموسر سبقه بالإحبال، فإذا مات الموسر بعده، عتق كلها، وولاء نصيب الموسر له، وولاء نصيب المعسر موقوف.

* * *

قال رحمه الله:

(الحكمُ الخامس: حكمُ الجناية:

فإذا جنى على أجنبيٍّ أو على سيِّدِه يلزمُه الأرش، فإن زادَ الأرشُ على رقبتِه ففي وجوبِ الزِّيادةِ قولان؛ لأنه يَقدِرُ على أن يُعجِّزَ نفسَه فلا يَبقى متعلَّقٌ سوى الرَّقبة. ولو جنى عبدٌ من عبيدِ المكاتب، فليسَ له فداؤُه بأكثرَ من قيمتِه، ولو أعتقَ السَّيدُ مكاتبَه بعدَ الجنايةِ يلزمُه الفداءُ كما لو قتلَه، ولو جنى على السَّيدِ فأعتقَه فالصَّحيحُ أنه يُطالبُه بالأرشِ بعدَ العتق، ولو جنى ابنُ المكاتَبِ فلا يَفديه، ولو جَنى ابنهُ على عبدِه فهَل يبيعُه؟ فيه[1] وجهان. ولو استحقَّ المكاتَبُ قِصاصاً على عبدِه أو عبدِ غيرِه جازَ له الاستيفاء، وقيل: يَجبُ أخذُ الأرشِ إن لم يَرضَ السَّيدُ بالقِصاص، ولو جنى على سيِّدِه أو على عبدِه فللسَّيدِ الاقتصاص، ولو قُتِلَ المُكاتَبُ انفسخَت الكتابةُ وللسَّيِّدِ القيمة).

فيه صورٌ، نذكرها مع ما يتعلق بها، ولا نراعي ترتيب الكتاب:

إحداها: إذا جنى المكاتب على أجنبي بما يوجب القصاص في النفس والطرف[2] فلمستحقّه استيفاؤه، فإن عفى على مالٍ أو كانت الجناية موجبة للمال، فينظر: إن كان في يده مال، وكان الواجب مثل قيمته أو أقلّ، طولب به مما في يده. وإن كان أكثر ففيه قولان عن رواية صاحب «التقريب» وغيره:

(١) قوله: (فيه) ليس في (أ).

(٢) انظر: «الأم» (٨/ ٦٧) و«المختصر» ص٣٢٩، و«الحاوي» (٢٢/ ٣٠٧)، و«التهذيب» (٨/ ٤٦٦)، و«الوسيط» (٧/ ٥٣٩)، و«الروضة» (١٢/ ٣٠١)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٥٣٠).

أحدهما: أنه يطالب بتمام الأرش؛ لأنه كالحرّ في المطالبة ما دامت الكتابة باقية.

وأصحهما: أنه لا يطالب إلا بقدر قيمته؛ لأنه يملك تعجيز نفسه، وإذا عجّز نفسه فلا متعلق ولا مرجوع إليه سوى الرّقبة.

ويعبر عن الغرض[١] على هذا القول، بأنه يطالب بأقلّ الأمرين من قيمته وأرش الجناية. ويعبر عن القولين أيضاً بأن يقال: إن للمكاتب أن يفدي نفسه في الجناية.

وبكم يفديها؟ فيه قولان:

أحدهما: بأقل الأمرين من أرش[٢] الجناية والقيمة.

والثاني: بأرش الجناية بالغاً ما بلغ؛ لأنه لو عجّز نفسه، ربما اشترى بذلك القدر.

فإن قلنا: يفدي نفسه بأقلّ الأمرين، فله ذلك وإن لم يرض السيد. وإن قلنا بالأرش وزاد الأرش على القيمة[٣]، لم يستقلّ به، فإن أذن السيد فهو على القولين في تبرعاته بالإذن.

وإن لم يكن في يده مالٌ، وطلب مستحقّ الأرش تعجيزه، عجّزه الحاكم، ثم يباع كله في الجناية إن استغرق الأرش قيمته، وإلا فيباع منه بقدر الأرش وتبقى الكتابة في الباقي، فإذا أدّى حصته من النجوم عتق ذلك القدر.

ولو أراد السيد أن يفديه من ماله ويستديم الكتابة فله ذلك، وعلى مستحقّ الأرش قبوله. هذا هو الظاهر، وفيه شيء قد سبق.

وبمَ يفديه؟ الجديد: أنه يفديه بالأقلّ من قيمته وأرش الجناية.

والقديم: أنه يفديه بالأرش.

---

(١) قوله: (عن الغرض) ليس في (ظ).

(٢) في (ز): (من قيمته وأرش الجناية).

(٣) في (ز): (قيمته).

وله أن يرجع عن اختيار الفداء ويسلمه للبيع، إلا إذا مات العبد بعد اختيار الفداء أو باعه بإذن المجني عليه بشرط الفداء، فيلزمه الفداء.

قال الروياني: وإنما شرط إذن المجني عليه في البيع؛ لأن قوله: «اخترت الفداء»، لا يسقط حقّه من رقبة العبد ما لم يؤدّ المال.

ولو أبرأه السيد عن النجوم أو أعتقه، فعليه أن يفديه؛ لأنه فوّت بالإعتاق متعلّق حقّ المجني عليه، فهو كما لو قتله. وهذا بناء على نفوذ الإعتاق، وهو المشهور[1].

وأشار القاضي ابن كجّ إلى أنّ فيه خلافاً، كإعتاق العبد القنّ إذا جنى.

ويمكن أن يفرّق بأنّ المكاتب قد صار مستحقّ العتق بالكتابة قبل الجناية، وإذا أعتقه وقع العتق عن الجهة المستحقّة، والقنّ بخلافه.

وبمَ يفديه السيد، فيه طريقان:

أحدهما: أنه على القولين الجديد والقديم.

والثاني: القطع بأنه يفديه بالأقلّ، بخلاف حال بقاء الكتابة، فإنّ الرِّقَّ باقٍ هناك ولو بيع فربما رغب فيه راغبٌ بأكثر من قيمته، وبعد العتق فات هذا التوقع.

وكما يلزم السيد فداء المكاتب الجاني بإعتاقه، يلزمه بإعتاقه فداء ابن المكاتب وأبيه[2] إذا تكاتبا عليه وجنيا؛ لأنهما لا يعتقان بإعتاقه.

ولو عتق المكاتب بأداء النجوم، فعليه ضمان الجناية، ولا يلزم السيد فداؤه وإن كان هو القابض للنجوم؛ لأنه مجبر على قبولها، فالحوالة على المكاتب أولى، وفيما يلزمه الطريقان.

---

(١) انظر: «الروضة» (١٢/ ٣٠٢)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٥٣٠).

(٢) في (أ): (وابنه).

ولو جنى المكاتب جنايات[(١)]، وأعتقه السيد أو أبرأه عن النجوم، فعليه أن يفديه، وإن أدّى النجوم وعتق، فضمان الجناية على المكاتب.

وما الذي يلزمهما إن كانت الجنايات معاً؛ بأن قتل اثنين فصاعداً بضربة واحدة، أو هدم عليهم جداراً؟ فعلى القولين المذكورين في الجناية الواحدة:

فعلى[(٢)] الجديد: يلزم الأقلّ من أرش الجنايات كلّها ومن قيمته.

وفي القديم: يلزم الأُروش بالغة ما بلغت.

وإن كانت الجنايات متفرّقة: فالقديم بحاله. وفي الجديد قولان:

أصحهماـ وهو اختيار المزني ـ: أنّ الحكم كذلك، يلزم الأقلّ من أروش الجنايات ومن القيمة؛ لأنّ الجنايات جميعاً تعلقت بالرقبة، فإذا أتلفها بالعتق لم يضمن إلا ما أتلف، ولأنّ المنع من البيع حصل بالإعتاق، والإعتاق شيء واحد، فلم يوجد[(٣)] إلا منعٌ واحد.

والثاني: يجب لكلّ جناية أقلّ الأمرين من أرشها ومن القيمة؛ لأنّ البيع كان ممكناً عقيب[(٤)] كل جناية، وبالإعتاق فوّت ذلك، فكأنه أحدث لكلّ جناية منعاً.

والقولان، كالقولين في جنايات أمّ الولد.

ولو أراد المكاتب أن يفدي نفسه مما في يده عن الجنايات، ففيه طريقان:

---

(١) في (أ): (جنايتان).

(٢) في (ز): (في).

(٣) في (ز): (يوجد منه).

(٤) في (ز): (عقب).

أحدهما: أن فيما يفدي نفسه به(١)، القولين المنقولين عن الجديد؛ لأن البيع ممتنع ما بقيت الكتابة، فتنزل إدامة(٢) الكتابة منزلة العتق بأداء النجوم.

والثاني: القطع بأنه يفدي بالأقلّ من أرش كلّ جناية ومن القيمة.

وفرّق: بأن العتق يفوّت محلّ الأرش ويبطل إمكان البيع، وهاهنا الرقبة باقية وإمكان البيع مستمرّ.

والذي أورده في «التهذيب»(٣): أنه يؤخذ مما في يده الأقلّ من أرش الجنايات كلها ومن قيمته. ويشبه أن يكون هو الأظهر.

ولو لم يكن في يده مال، وسأل المستحقّون تعجيزه، عجّزه الحاكم، ويباع ويقسم الثمن على أقدار الأروش.

وإن أبرأ بعضهم، قسم على الباقين.

وإذا اختار السيد فداءه بعد التعجيز لم يبع، وفيما يفديه(٤) القولان.

الثانية: إذا جنى المكاتب على طرف سيده فله القصاص، وكذا لو جنى على عبد السيد.

وإن قتل السيد فللورثة القصاص، فإن عفا المستحقّ على مال، أو كانت الجناية موجبة للمال، تعلق الواجب بما في يده؛ لأن السيد مع المكاتب في المعاملات كالأجنبي مع الأجنبي(٥)، فكذلك في الجناية.

---

(١) قوله: (به) ليس في (ز).

(٢) في (أ): (إدامته).

(٣) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٤٦٧).

(٤) في (ز): (يفديه به).

(٥) قوله: (مع الأجنبي) ليس في (أ).

وما الذي يلزم المكاتب؟ أيلزمه الأرش بالغاً ما بلغ، أو الأقل؟ فيه القولان المذكوران في الجناية على الأجنبي. فإن قلنا: يلزم الأرش بالغاً ما بلغ وكان[1] أكثر من قيمته: فعن الشيخ أبي حامد: أنّ له أن يفدي نفسه به.

وعن القاضي أبي الطيب: أنّ فيه الخلاف في هبته من سيده. قال ابن الصباغ: وهذا يقتضي أن يقال: للسيد أن يمتنع من القبول؛ لأنه لا يلزمه قبول الهبة. وعندي أنه يلزمه القبول إذا أمكنه أداؤه، وأداء مال الكتابة، ولا يجوز له الامتناع.

وإن لم يكن في يده شيء، أو كان لا يفي بالأرش، فهل للسيد تعجيزه بسبب الأرش؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه إذا عجّزه سقط الأرش؛ إذ لا يثبت للسيد على عبده دين، بخلاف ما إذا عجّزه الأجنبي، فإنّ الأرش يتعلق برقبته. وينسب هذا إلى القفّال.

وأصحّهما ـ على ما ذكر في «التهذيب»[2] ـ: نعم، وهو الذي أورده الشيخ أبو حامد وغيره، ويستفيد به ردّه إلى الرقّ المحض.

وإذا عجزَ بسبب الأرش أو النجوم ورقّ، فهل تسقط الأُروش، أو تكون في ذمته إلى أن يعتق؟ فيه وجهان، **أظهرهما**: الأوّل. وهما كالوجهين فيما لو كان له على عبد غيره دين فملكه هل يسقط؟

وجناية المكاتب على طرف ابن سيده كجنايته على الأجنبي وجنايته على نفسه تثبت القصاص للسيد.

فإن عفا وكان القتل خطأ فهو كما لو جنى على السيد.

---

(١) في (ز): (فكان).

(٢) «التهذيب» (٨/ ٤٦٦)، وانظر: «الروضة» (١٢/ ٢٩٥).

ولو أعتق السيد المكاتب بعد جنايته عليه أو أبرأه عن النجوم: فإن لم يكن في يده شيء، سقط الأرش؛ لأنه أزال الملك عن الرقبة التي كانت متعلق الأرش باختياره، ولا مال غيرها. قال الإمام[١]: وفيه احتمالٌ، أخذاً[٢] من استقلال المكاتب وثبوت حقوق السيد في ذمته.

وإن كان في يده مال، ففي تعلق الأرش بما في يده وجهان:

أحدهما: المنع؛ لأن الأرش كان متعلقاً بالرقبة، وقد تلفت.

وأظهرهما: التعلق، والتوجيه المذكور ممنوعٌ، بل الأرش متعلق بالرقبة وبما في يده.

وذكر في «التهذيب»[٣]: أنه يطالب بالأرش من غير تفصيل وفرق بين أن يكون في يده شيء أو لا يكون.

ويقرب منه قوله في الكتاب: (فالصحيح أنه يطالبه بالأرش بعد العتق)، ولا يثبت ما قدمناه.

ولو أدّى النجوم فعتق، فالأجوبة متفقة[٤] على أنّ الواجب لا يسقط، كما لا يسقط فيما إذا جنى على أجنبي، وأدّى النجوم وعتق.

ثم ظاهر ما رددوه في هذا الموضع: أنه يجب الأرش بالغاً ما بلغ. وقد نصّ عليه الشافعي رضي الله عنه، فذكر فيما لو قطع المكاتب يد سيده قطعاً يوجب المال، أو عاد

(١) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٤٦١).

(٢) في (أ): (آخر).

(٣) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٤٦٨).

(٤) قوله: (متفقة) ليس في (ز).

بالعفو إلى المال[١]، وقلنا لا بدّ من الصبر إلى الاندمال، واندمل بعدما أدّى المال وعتق: أن عليه أرش اليد بتمامه، وهو نصف الدية.

وفرق بين ما نحن فيه وبين ما إذا جنى على أجنبي ثم أدّى النجوم وعتق ـ حيث ذكرنا خلافاً فيما يجب عليه ـ بأنّ[٢] الواجب في الجناية على السيد لا يتعلق برقبة[٣] المكاتب، وإنما هو في ذمته، فيجب بكماله كما لو جنى حُرٌّ على حُرٍّ.

وأرش الجناية على الأجنبي يتعلق بالرقبة، فجاز أن لا يزاد عليها.

ومنهم من طرد القول الآخر وهو وجوب أقلّ الأمرين، وقال: العتق لا يغير ما تقدّم وجوبه.

الثالثة: عبد المكاتب إذا جنى، فإما أن يجني على أجنبي، أو على سيده وهو المكاتب، أو على سيد سيده[٤]:

الحالة الأولى: إذا جنى على أجنبي؛ فله القصاص، فإن عفا المستحقّ على المال، أو كانت الجناية موجبة للمال، تعلّق برقبته تباع فيه إلا أن يفديه المكاتب.

وبمَ يفديه؟ بالأرش بكماله، أو يفديه بالأقلّ منه ومن قيمته؟ فيه قولان، فإن قلنا بالأول: فإن كان الأرش قدر قيمته أو أقلّ، فللمكاتب الاستقلال به. وإن كان أكثر لم يستقل به، وفي جوازه بإذن السيد، الخلاف في تبرعاته بالإذن.

ومنهم من قطع بأنه يفديه بالأقل.

---

(١) انظر: «الأم» (٨/ ٦٧).

(٢) في (أ): (أن).

(٣) في (ي): (بذمة).

(٤) قوله: (أو على سيد سيده) ليس في (ز).

ثم ظاهر لفظ «المختصر»: أنه يعتبر قيمة العبد يوم الجناية؛ لأنه يوم تعلّق الأرش بالرقبة.

وعن ابن خيران: أنه يجيء قول آخر: أنه[1] يعتبر قيمة يوم الاندمال؛ بناء على أنه وقت المطالبة بالمال.

وحكي عن القفّال[2]: أنه ينبغي أن يعتبر قيمة يوم الفداء؛ لأنّ المكاتب إنما يمنع من بيعه، ويستديم الملك فيه يومئذ.

وذكر القاضي ابن كجّ: أنّ المذهب اعتبار أقلّ القيمتين من قيمة يوم الجناية وقيمة يوم الفداء؛ احتياطاً للمكاتب، وإبقاءً للمال عليه. ونسب هذا إلى نصّه رضي الله عنه في «الأم»[3]. قال: وعندي أنّ الحكم في جناية المكاتب نفسه إذا اعتبرنا قيمته كذلك، هذا في عبد المكاتب الذي لا يتكاتب عليه. فأما من يتكاتب عليه كولد المكاتب من أمَته، وكما لو وهب منه ولده أو والده حيث يجوز[4] له القبول، فليس له أن يفديه بغير إذن السيّد، وإن أذن فهو على الخلاف في تبرُّعاته بالإذن؛ وذلك لأنّ فداءه كشرائه.

وقد قدمنا هذا، وذكرنا أن الإمام[5] حكى عن العراقيين رحمهم الله: أنه لو كان له كسبٌ فله أن يصرفه إلى الأرش ويفديه به. وأنه استبعد ذلك، وقال: كسبه كسائر أموال المكاتب. وأنه حكى عنهم: أن له أن يبيع كله، وإن زاد على الأرش. ولا يوجد هذا في كتبهم على هذا الإطلاق، لكن قالوا: يباع منه بقدر الأرش، فإن لم يتيسّر، بيع كله، وأدّى من ثمنه الأرش، والفاضل للسيد. وهذا ليس ببعيد.

---

(١) من قوله: (يعتبر قيمة العبد) إلى هنا ليس في (ي) و(ظ).

(٢) في (ز): «وحكى القفال». (م ع).

(٣) «الأم» للشافعي (٨/ ٧٣-٧٤).

(٤) في (ي): (يعوز).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٤٢٥).

وكذلك القول في المرهون إذا زاد على قدر الدَّين.

ولو جنى بعض عبيد المكاتب على بعض، أو جنى عبد غيره على عبده[١]، فله أن يقتصّ[٢]؛ لأنه من مصالح الملك، ولا يحتاج فيه إلى أذن السيّد. وفيه قول: أنه لا يقتص إلا بإذن السيد. وعليه تحصيل الأرش من عبد الأجنبي. وينسب هذا إلى تخريج الرّبيع، وهذا قوله في الكتاب: (وقيل).

والظاهر: الأول، إلا أن يكون القاتل والد المقتول.

ولو كان في عبيده أبوه، فقتل عبداً له، فكذلك لا يقتصّ منه. ولو كان فيهم ابنه، فقتل عبداً له، فله أن يقتصّ منه. وهل له أن يبيع ابنه وأباه إذا كانا في ملكه وجنيا على عبدٍ آخر له جناية موجبها المال؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه لا يثبت له على عبده مال، والأصل منع بيع الوالد والولد.

والثاني: نعم؛ لأنه يستفيد به حصول أرش الجناية، ويخالف عبد[٣] أبيه، وابنه من عبيده، فإن تعلّق الأرش به لا يفيده شيئاً، فإنه كان يملك بيعه قبل الجناية.

والأول: أصحّ عند الإمام[٤] والشيخ أبي حامد، وحكاه الطبري عن نصّه في «الأم»[٥]. وبالثاني أجاب في «التهذيب»[٦].

---

(١) في (ي): (عبد له).

(٢) في (ز): (يقتصّ منه).

(٣) في (أ): (غير).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٤٦١).

(٥) «الأم» للشافعي (٨/ ٧٤).

(٦) انظر: «التهذيب» للبغوي (٨/ ٤٧٠).

وعند أبي حنيفة[١] رحمه الله: لا يجب القصاص إذا قتل بعض عبيد المكاتب بعضاً، وكذا إذا قتل بعض عبيد الحُرّ بعضاً.

الحالة الثانية: إذا جنى على سيده، فله القصاص، ولا يحتاج إلى إذن السيد على ما ذكرنا. فإن كانت الجناية خطأً، أو عفا على مالٍ، لم يجب؛ إذ لا يثبت للسيد على عبده مال.

والثالثة: إذا جنى على سيد سيده، فهو كما لو جنى على أجنبي، فيباع في الأرش إلا أن يفديه[٢] المكاتب.

واعلم أنّ الصورتين الأوليين من صور الفصل في جناية المكاتب، والثالثة في جناية عبده، وقد فرغنا منها.

الصورة[٣] **الرابعة**: في الجناية على المكاتب[٤]، وهي إما أن تفرض على طرفه أو نفسه.

إن كانت على طرفه: فله القصاص إن كانت بحيث توجب القصاص، وليس للسيد منعه، كالمريض يقتصّ ولا يعترض عليه الورثة[٥]، والمفلس يقتصّ ولا يعترض عليه الغرماء. وفيه القول المحكي عن تخريج الرّبيع، ووجّه بأنه قد يعجّز نفسه فيعود إلى السيد مقطوع اليد بلا جابر.

وإذا قلنا بالظاهر، فإن اقتصّ فذاك، وإن عفا على مال ثبت المال. لكن لو كان المال دون أرش الجناية، فقدر المحاباة حكمهُ حكم الجميع إذا عفا مجاناً.

---

(١) انظر: «الهداية» (٣/ ٢٦١).

(٢) في (أ): (يفيده).

(٣) قوله: (الصورة) ليس في (ز) و(أ).

(٤) من قوله: (والثالثة في جناية عبده) إلى هنا ليس في (ي).

(٥) قوله: (يقتص ولا يعترض عليه الورثة) ليس في (ي) و(ظ).

وإن عفا مطلقاً، فإن قلنا: موجب العمد أحد الأمرين، أو قلنا: موجبه القصاص، ولكن مطلق العفو يوجب المال، ثبت الأرش.

وإن قلنا: مطلق العفو لا يوجب المال لم يجب شيء، وإن عفا مجاناً سقط القصاص.

ثم إن قلنا: موجب العفو أحد الأمرين، لم يسقط المال إن عفا بغير إذن السيد، وإن عفا بإذنه ففيه الخلاف في تبرعاته بالإذن.

وإن[1] قلنا: موجب العمد القصاص، لم يجب شيء إن قلنا مطلق العفو لا يوجب المال، وإن قلنا: يوجبه فوجهان:

أحدهما: يجب المال إن كان العفو بغير إذن السيد، وإن كان بإذنه فعلى قولين، كما لو عفا عن المال في الجناية الموجبة للمال.

والثاني: لا يجب وإن كان العفو بغير إذنه؛ لأن الجناية على هذا القول غير موجبة للمال، وإنما يثبت المال بالعفو المطلق، وإذا عفا مجاناً فقد امتنع من الاكتساب بالعفو المطلق، والمكاتب إذا امتنع من الاكتساب، لا يجبر عليه.

وإن كانت الجناية موجبة للمال، فلا يصحّ عفوه عنه بغير إذن السيد، وإن عفا بإذنه ففيه القولان في التبرعات بالإذن.

وحيث ثبت المال بالجناية على طرفه، فهو للمكاتب يستعين به على أداء النجوم؛ لأنه يتعلق بعضو من أعضائه، فهو كالمهر تستحقه المكاتبة. ولأن كسبه له وهو عوض ما تعطل من كسبه بقطع ذلك العضو. هكذا وجهوه.

---

(١) من قوله: (قلنا: موجب العفو أحد الأمرين) إلى هنا ليس في (أ).

وهل يستحقّ أخذه في الحال، أم يتوقف على الاندمال؟ فيه قولان كما في الجناية على الحرّ. ومنهم من قطع بجواز الأخذ في الحال هاهنا؛ سعياً في تحصيل العتق.

فإن قلنا: يتوقف الأخذ على الاندمال، وقد قطعت يده، فينظر: إن سرت الجناية إلى النفس، انفسخت الكتابة على ما سنذكر في الجناية على النفس، وعلى الجاني الكفارة. وإذا كان أجنبياً، فعليه القيمة للسيد.

وإن اندملت، فإن كان الجاني أجنبياً، أخذ المكاتب نصف قيمته، ويستعين به على أداء النجوم. وإن كان الجاني السيد، فيستحقّ المكاتب عليه نصف القيمة، وهو يستحقّ النجوم على المكاتب.

فإن حلّ[1] نجم، واتحد الواجبان جنساً وصفةً، ففيه الخلاف في التقاصّ، ويأخذ من له الفضل الفضل. وإن اختلفا، أخذ كلّ واحدٍ منهما حقّه.

وإن قلنا: له أخذ الأرش في الحال، ففي «جمع الجوامع» للقاضي الروياني: أنه إن كان الأرش مثل دية حُرّ أو أقلّ، فله أخذ جميعه، وإلّا فلا يأخذ أكثر من قدر الدية؛ لأن الجناية قد تسري إلى نفسه، ويعود الواجب إلى الدية لعتقه.

وإذا أخذ ما له أخذه ثم اندملت الجراحة، فقد استقرّ الأرش، وليأخذ الباقي إن لم يأخذ كلّه.

وإن سرت إلى النفس، نظر: إن سرت قبل أن يعتق، انفسخت الكتابة: فإن كان الجاني أجنبياً، فللسيد مطالبته بتمام القيمة. وإن كان الجاني السيد، سقط عنه الضمان وأخذ كسبه.

---

(١) في (أ): (حمل).

وإن كانت السراية بعدما عتق بأداء النجوم: فإن كان الجاني أجنبياً، فعليه تمام الدية؛ لأنّ الاعتبار[١] في الضمان بحالة الاستقرار، ويكون ذلك لمن يرثه من أقاربه، فإن لم يكونوا فللسيد بالولاء. وإن كان الجاني السيد، فعليه تمام الدية أيضاً، بخلاف ما لو جرح عبده القِنّ ثم أعتقه ومات بالسراية حيث لا ضمان؛ لأنّ ابتداء الجناية غير مضمون هناك، وهاهنا ابتداء الجناية مضمون.

ولو حصل العتق بالتقاصّ، فالحكم كما لو حصل بالأداء، ولا يمنع من التقاصّ كون الدية إبلاً، فإنّ الواجب في الابتداء نصف القيمة، والتقاصّ حينئذٍ يحصل.

ثم إذا سرت الجناية بعد العتق، فيجب الفاضل من الإبل.

وإذا عفا المكاتب عن المال ولم نصحّح عفوه على ما فصّلنا، ثم عتق قبل أخذ المال، فهل له أخذه؟ فيه قولان، أصحهما ـ وهو المنصوص ـ: نعم، وذلك العفو كان لاغياً. وربما بُني القولان على أن تصرّفات المفلس باطلة، أو موقوفة منتظرة.

ولو جنى على طرف المكاتب عبده، فله القصاص. فإن كانت الجناية خطأً أو عفا، فلا يثبت له على عبده مال.

وهل له أن يبيع منه بقدر الأرش؟ فيه الوجهان المذكوران فيما إذا جنى ابن المكاتب الذي يكاتب عليه، على عبد له آخر.

هذا تمام القول في الجناية على طرف المكاتب.

وإن[٢] كانت الجناية على نفسه، فتنفسخ الكتابة، ويموت رقيقاً.

---

(١) في (ز): (الإعتاق).

(٢) في (ز): (يحصل حينئذ).

ثم إن قتله السيد فليس عليه إلا الكفارة، وإن قتله أجنبي فللسيد القصاص أو القيمة، وله أخذ أكسابه أيضاً، ويأخذ ذلك بحكم المِلْك لا بطريق الإرث.

وفي «طريقة الصيدلاني»: أن عند أبي حنيفة[١] رحمه الله: إذا كان الأرش وافياً بالنجوم وزائداً عليها، حكم بأنه مات حراً، وأخذ من مال السيد[٢] باقي قيمته. والله أعلم.

وقد انتهى الكلام فيما يتعلق بالفصل، وعليك أن تتأمّل صوره في الكتاب وتنزّل كلّ شيء منها منزلته.

فروع منثورة نختم بها الكتاب:

عن «الأم»[٣]: أنه إذا جنى السيد على طرف المكاتب وكان الأرش مثل النجوم، وحكمنا بالتقاصّ وحصول العتق، ثم عاد السيد وجنى عليه جناية أخرى توجب القصاص، فهي جناية على حُرّ.

فإن قال: «لم أعلم بأنه يحصل التقاصّ والعتق»، لم يقبل منه، كما لو قتل من كان عبداً فعتق، وقال: «لم أعلم أنه عتق». قال الربيع: وفيه قول آخر، أنه تؤخذ منه دية حُرٍّ، ولا قصاص؛ للشبهة.

وإذا قال لمكاتبه[٤]: «إن عجزت عن النجوم بعد وفاتي، فأنت حُرّ»، صحّ التعليق، ثم إن قال المكاتب قبل الحلول: «عجزت»، لم يعتبر قوله. وإن كان بعد الحلول ووجد في يده ما يفي بالواجب، فلا عجز أيضاً. وإن لم يوجد، صُدّق بيمينه.

---

(١) انظر: «الهداية» (٣/ ٢٦٨).

(٢) في (ي): (سيده).

(٣) انظر: «الأم» للشافعي (٨/ ٧٤-٧٥).

(٤) في (ي): (المكاتب).

عن «الأم»[١]: أنه إذا أعتق المكاتب، واختلف هو ومن جنى عليه، فقال المكاتب: «كنتُ حُراً عند الجناية»، وقال الجاني: «بل مكاتباً»، فيصدّق[٢] الجاني مع يمينه. فإن شهد السيد للمكاتب، قبلت شهادته، ويأتي بشاهد آخر.

ويقبل إقرار المكاتب بديون المعاملات وبالبيع وما يقدر على إنشائه.

وفي «كتاب القاضي ابن كج»: أنه إن قال: «بعت هذه السلعة، وهذا ثمنها»، يقبل إقراره. وإن قال: «بعتها، وتلف الثمن في يدي»، ففي القبول قولان.

وإن أقرّ بدين جناية، فهل يقبل على السيد؟ فيه قولان، قال في «التهذيب»[٣]:

أصحهما: أنه يقبل، ويؤدّي ما في يده كدين المعاملة، لكن لو كان ما أقرّ به أكثر من قيمته، لا يلزم إلا قدر قيمته، بخلاف دين المعاملة[٤]، فإن لم يكن في يده شيء بيع في دين الجناية.

والثاني ـ وهو الذي أورده جماعة ـ: أنه لا يقبل في حقّ السيد، فإنه لم يسلّطه عليه بعقد الكتابة.

فإن قلنا يقبل إقراره، فعجز قبل أن يؤخذ دين الجناية، فقولان:

أحدهما: يباع فيه؛ لأنه أقرّ في وقتٍ كان إقراره مقبولاً.

والثاني: لا يباع، ويكون في ذمته إلى أن يعتق؛ لأنّ بالعجز صارت رقبته للسيد، فصار كما لو أقرّ بعد العجز.

---

(١) «الأم» للشافعي (٨/ ٧٧).

(٢) في (أ): (فيصد).

(٣) «التهذيب» للبغوي (٨/ ٤٧٠).

(٤) قوله: (بخلاف دين المعاملة) ليس في (ز).

ولا يقبل إقرار السيد على المكاتب بالجناية، لكن لو عجز أخذ السيد بإقراره.

ولو قال: «كان قد جنى قبل الكتابة»، لم يقبل على المكاتب أيضاً؛ لخروجه عن يده بالكتابة كما لو خرج عن يده بالبيع.

إذا مات سيد المكاتب، فقد عرفت أن الكتابة لا ترتفع، ويحصل العتق بالأداء إلى الوارث، فإن كان له وارثان، لم يعتق إلا بأداء حقّهما.

وإن كان الوارث صغيراً أو مجنوناً، لم يعتق إلا بالدفع إلى الأب أو الجد، أو الوصيّ أو القيّم[1]، فإن كان قد أوصى إلى اثنين، لم يعتق إلا بالدفع إليهما، إلا إذا ثبت لكلّ واحد منهما الاستقلال.

وإذا كان على الميت دين أو أوصى بوصايا، فإن كان الوارث وصياً في قضاء الديون وتنفيذ الوصايا، عتق بالدفع إليه، وإلا قد أوصى إلى غيره فيجمع بينه وبين الورثة ويدفعها إليهم. فإن لم يوص إلى أحدٍ، قام القاضي مقام الوصي.

ولو دفع إلى الغريم لم يعتق. وإن دفع إلى الوارث، فإن قضى الدين والوصايا عتق، وإلا وجب الضمان على المكاتب ولم يعتق. هكذا ذكر صاحب «التهذيب»[2].

وعن القاضي الطبري: أنه إذا كان الدين مستغرقاً للتركة، بَرِئَ المكاتب بالدفع إلى الغريم[3].

وإن كان قد أوصى بالنجوم لإنسان، فيعتق بالدفع إليه. وإن أوصى بها للفقراء أو المساكين، فيدفعها إلى من أوصى إليه بتفريقها، أو إلى الحاكم. وإن أوصى بقضاء

---

(١) في (ز): (المولى).

(٢) انظر: «التهذيب» للبغوي (٨/ ٤٨١).

(٣) انظر: «الوسيط» (٧/ ٥٤٠)، و«التهذيب» (٨/ ٤٥١)، و«الروضة» (١٢/ ٢٩٨).

الدين منها، تعيّن صرفها إليه، فهو كما لو أوصى بها لإنسان.

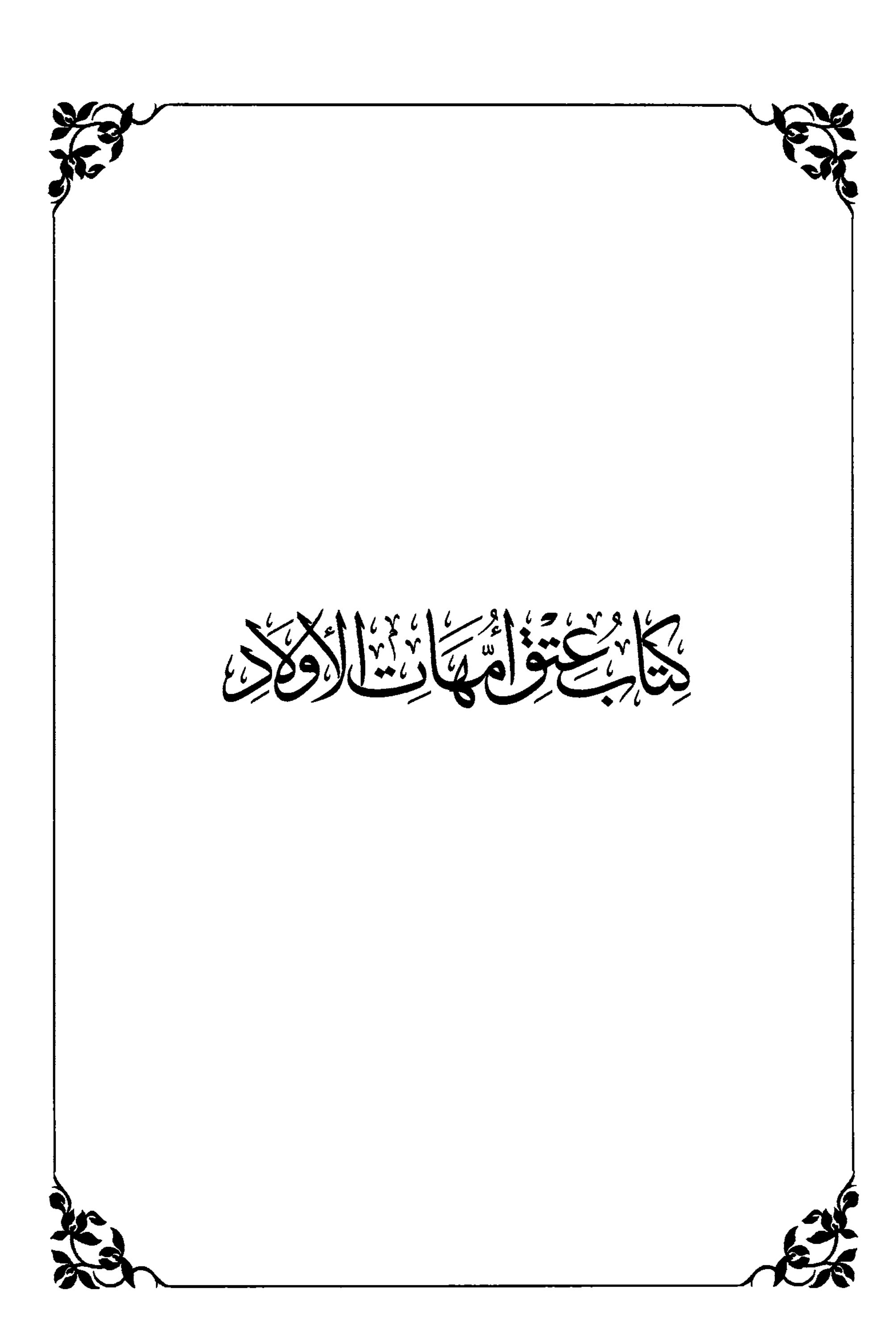
إذا مات السيد، والمكاتب ممن يعتق على الوارث، عتقَ عليه، خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله[١].

ولو نكح الابن مكاتبة أبيه ثم مات الأب، والابن وارث، انفسخ النكاح؛ لأنه ملك زوجته. وكذا لو مات السيد وبنته تحت مكاتبه فورثت زوجها خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله. وسلم أنه لو مات وله بنت ومكاتب، لا يجوز للمكاتب أن ينكحها، وذلك يدلّ على أنها تملكه.

ولو اشترى المكاتب زوجته الأَمَة من السيد أو غيره، أو اشترت المكاتبة زوجها، ينفسخ النكاح، خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله.

* * *

(١) انظر: «الهداية» (٣/ ٢٧٠).



كِتَابُ عِتْقِ أُمَّهَاتِ الأَوْلَادِ

قال رحمه الله:

(كتاب عتقِ أمهاتِ الأولاد

من استولدَ جاريتَه فأتَت بولدٍ ظهرَ عليه خِلقةُ الآدميِّ إما حيّاً أو ميِّتاً، عتقَت عليه إذا مات، ولا يجوزُ بيعُها قبلَ الموتِ على الجديد، وكذا لا يبيعُ ولدَها من زنىً أو نكاحٍ إذا حصلَ بعدَ الاستيلاد، ويَعتقونَ أيضاً بموتِه. وله إجارتُها واستخدامُها ووطؤُها، وله تزويجُها بغيرِ رضاها، وقيل: لا يجوزُ إلا برضاها، وقيل: لا يجوزُ برضاها أيضاً[١] إلا بمراجعةِ القاضي. وله أرشُ الجنايةِ عليها وعلى أولادِها، ومن غصبَها فتَلفَت في يدِه ضَمِن؛ لأنها كالرَّقبةِ إلا في البَيع، ولو شَهِدَ رجلانِ على إقرارِه بالاستيلاد، وحكَمَ به، فرجَعا غُرِّما بعدَ موتِه للوَرثةِ عندَ عتقِها، ولم يُغرَّما في الحال؛ لأنهما ما أزالا إلا سلطنةَ البيع، ولا قيمةَ له[٢]).

عن ابن عباس رضي الله عنهما، أنّ النبيّ ﷺ قال: «أيما أمَة ولدت من سيّدها، فهي حُرّة عن دبرٍ منه»[٣]. وعن ابن عمر رضي الله عنهما، أنّ النبيّ ﷺ قال: «إذا أولد

(١) قوله: (أيضاً) ليس في (ز).

(٢) قوله: (ولا قيمة له) ليس في (ز).

(٣) الحديث أخرجه أحمد في «مسنده» (٤/ ٤٨٤) ـ (الموسوعة الحديثية، مؤسسة الرسالة، ط ١، ١٤١٤هـ) ـ برقم (٢٧٥٩)، وأخرجه ابن ماجه (٢/ ١٢٩)، رقم (٢٥١٥)، والدارقطني (٤/ ١٣٢)، والحاكم (٢/ ١٩)، والبيهقي (١٠/ ٥٧٤). قال الحافظ ابن حجر في «التلخيص» (٤/ ٢١٧): «وله طُرق، وفي =

الرجل أَمَته ومات عنها، فهي حُـرّة»[١].

ولد الرجل من أَمَته ينعقد حُرّاً، وتصير الأَمَة بالولادة مستولدةً[٢] تعتق إذا مات السيد، ويكون عتقها مقدّماً على حقوق الغرماء فضلاً عن الوصايا وحقوق الورثة.

وينزل الاستيلاد منزلة الاستهلاك[٣]، حتى أن استيلاد المريض مرض الموت كاستيلاد الصحيح في النفوذ من رأس المال كإنفاق المال في اللذات[٤] والشهوات.

وكما يثبت الاستيلاد بانفصال الولد الكامل، يثبت بإلقاء المضغة التي ظهرت فيها خلقة الآدميين، أو ظهر فيها التخطيط لكلّ أحد، أو للقوابل وأهل الخبرة من النساء.

وإن لم يظهر، وقلن: «إن ما ألقته أصل الآدمي، ولو بقي لتصوّر»، فالأصحّ: أنه لا يثبت به الاستيلاد، وقد ذكرنا ما فيه من الطرق في كتاب العدّة[٥] وغيره.

ثم الكلام في صورٍ تتعلّق بأحكام المستولدة:

= إسناده الحسين بن عبد الله الهاشمي وهو ضعيف جداً، وفي رواية للدارقطني والبيهقي من حديث ابن عباس أيضاً: «أم الولد حُرّة وإن كان سقطاً» وإسناده ضعيف أيضاً، والصحيح أنه من قول ابن عمر».

(١) حديث ابن عمر: رواه الدارقطني (٤/ ١٣٥)، والبيهقي (١٠/ ٥٧٤). قال الحافظ ابن حجر في «التلخيص» (٤/ ٢١٧): «...، الدارقطني والبيهقي مرفوعاً وموقوفاً. قال الدارقطني: الصحيح وقفه عن ابن عمر عن عمر، وكذا قال البيهقي وعبد الحق، وكذا رواه مالك في «الموطأ» موقوفاً على عمر. وقال صاحب «الإلمام»: «المعروف فيه الوقف، والذي رفَعَهُ ثقة. قيل: ولا يصح مسنداً».

(٢) انظر: «المختصر» ص٣٣٢، و«الحاوي» (٢٢/ ٢٥٦-٢٥٧)، و«الوسيط» (٧/ ٥٤٣)، و«التهذيب» (٨/ ٤٨٥)، و«الروضة» (١٢/ ٣١٠)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٥٣٨).

(٣) في (ز): (الإهلال).

(٤) في (ي): (الكفارات).

(٥) انظر ما سلف (١٦/ ٨٣).

منها: لا يجوز بيع المستولدة ولا رهنها ولا هبتها ولا الوصية بها؛ لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما، أنّ النبيّ ﷺ قال: «أمّ الولد لا تباع، وتعتق بموت سيدها»[١]. ويقال: إنّ الصحابة رضي الله عنهم اتفقت عليه في عهد عمر وعثمان رضي الله عنهما. ومشهور عن عليٍّ كرّم الله وجهه، أنه قال: «اجتمع رأيي ورأي عمر على أنّ أمّهاتِ الأولادِ لا يُبعن» ـ ويروى ـ «على عتق أمّهات الأولاد، ثم رأيت بعد ذلك أن أقضي ببيعهن»، فقال عبيدة السّلماني[٢]: «رأيك مع رأي عمر، أحبُّ إلينا من رأيك وحدك»[٣]، فيقال أنه رجع عن ذلك.

وعن الشافعي رضي الله عنه بميل[٤] القول[٥] في بيعهن في مواضع، واختلف فيه الأصحاب: فذهب معظمهم إلى أنه ليس للشافعي رضي الله عنه فيه اختلاف قول، وأشار بميل[٦] القول إلى ما رُوي في تجويزه عن عليٍّ وابن الزبير رضي الله عنهما.

---

(١) الحديث أخرجه الدارقطني (٤/ ١٣٥) بمعناه، وقد سبق إسناده.

(٢) هو: عبيدة بفتح العين، بن عمرو السّلْماني ـ بسكون اللام، ويقال بفتحها ـ المرادي، أبو عمرو الكوفي، تابعي كبير، مخضرم، ثقة، والصحيح أنه مات قبل سنة سبعين، وقيل مات سنة اثنين وسبعين أو بعده. انظر: «تقريب التهذيب» (١/ ٥٤٧).

(٣) أخرجه البيهقي (١٠/ ٥٧٥)، من كتاب عتق أمهات الأولاد، باب الرجل يطأ أَمَته بالملك فتلد له. وقال الحافظ في «التلخيص» (٤/ ٢١٩): «قلت: أخرجه عبد الرزّاق بإسناد صحيح». انظر: عبد الرزاق في «مصنفه» (٧/ ٢٩١)، رقم (١٣٢٢٤).

(٤) في (أ) و(ي) و(ز): (تمثيل)، وفي (ظ): (بتمثيل)، ولعلّ الصواب: (يميل)، وهو كما في «الروضة» (١٢/ ٣١٠). والله أعلم.

(٥) في المطبوع من كتاب «العزيز» (١٣/ ٥٨٥): (وعن الشافعيّ رضي الله عنه ميل القول)، وعبارة «الرّوضة» (١٢/ ٣١٠): «فصل: يحرم بيع المستولدة... والوصيّة بها، وعن الشافعي رحمه الله فيه اختلاف قول، وإنما ميل القول إشارة إلى مذهب من جوّزه». (م ع).

(٦) في (ي) و(ز) و(ظ): (بتمثيل)، كما سبق.

ومنهم من قال: إنه جوّزه في القديم[١]، وقد يوجّه[٢] ذلك بما روي عن جابر، قال: «كنا نبيع أمّهات الأولاد على عهد النبيّ ﷺ، لا نرى بذلك بأساً»[٣].

وعلى هذه الطريقة جرى في الكتاب، فقال: (ولا يجوز بيعها قبل الموت على الجديد).

ويجوز إعلام قوله: (على الجديد) بالواو؛ للطريقة الأولى، بما حكى الإمام[٤] في التفريع على القديم، وجهين:

فعن صاحب «التقريب» والشيخ أبي علي: أنها اشتملت على ولده ونقضته[٥] وهي رقيقة كما كانت، ولا تعتق بموت السيد.

وعن الشيخ أبي محمّد والصيدلاني: أنها تعتق بالموت، وإن جوّزنا بيعها في الحياة كالمدبّر.

---

(١) انظر ذلك في: «الحاوي» (٢٢/ ٣٥٦-٣٥٧)، و«الوسيط» (٧/ ٥٤٣)، و«التهذيب» (٨/ ٤٨٦)، و«الروضة» (١٢/ ٣١٠)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٥٣٨).

(٢) في (ز): (احتجّ).

(٣) حديث جابر، أخرجه أبو داود (٤/ ٢٧)، من كتاب العتق، باب في عتق أمّهات الأولاد. قال الحافظ ابن حجر في «التلخيص» (٤/ ٢١٨): «حديث جابر: ... أحمد والشافعي والنسائي وابن ماجه والبيهقي من حديث أبي الزبير، أنه سمع جابراً يقول: «كنا نبيع سرارينا أمّهات الأولاد، والنبيّ ﷺ حيٌّ، لا نرى بذلك بأسا». ورواه أبو داود وابن حبان والحاكم من حديث جابر أيضاً، وزاد: «وفي زمن أبي بكر»، وفيه: «فلما كان عمر، نهانا فانتهينا». ورواه الحاكم من حديث أبي سعيد، وإسناده ضعيف. قال البيهقي: ليس في شيء من الطُّرق أنه اطلع على ذلك وأقرّهم عليه ﷺ. قلت: نعم، قد روى ابن أبي شيبة في «مصنفه» من طريق أبي سلمة، عن جابر ما يدلّ على ذلك. وقال الخطابي: يحتمل أن يكون بيع الأمّهات كان مباحاً، ثم نهى عنه النبيّ ﷺ في آخر حياته، ولم يشتهر ذلك النهي، فلما بلغ عمر نهاهم».

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٤٩٨).

(٥) (ونفضته): هكذا في جميع النسخ.

وقال: ويجوز أن يقال[١]: هو لا يعتق من رأس المال[٢]، ويجوز أن يجعلوا عتقها كعتق المدبّر.

والوجه الأول: يرخص في إعلام قوله في الكتاب: (عتقت عليه إذا مات) بالواو.

وإذا قلنا بالصحيح، فلو قضى قاضٍ بجواز بيعها: فحكاية الروياني عن[٣] الأصحاب: أنه ينقض قضاؤه، وما كان فيه من خلاف فقد انقطع، وصار مهجوراً. وبهذا أجاب الداركي.

ونقل الإمام[٤] فيه اختلافاً للأصحاب، وذكر أن الشيخ أبا علي[٥] بناه على أنّ مخالفة علي كرّم الله وجهه كانت قبل انقراض[٦] العصر، وللأصوليين خلاف في أنه هل يشترط لحصول الإجماع انقراض العصر؟[٧].

---

(١) في (أ): (يقول).

(٢) في «روضة الطالبين» (١٢/ ٣١٠): «قال الإمام: وعلى هذا يحتمل أن يقال: يعتق من رأس المال». (م ع).

(٣) في (ي): (عند).

(٤) انظر: «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٤٩٨-٤٩٩) (٢٥/ ٢٦، ٢٧، ٣٢٧/ أ).

(٥) في (أ): (وذكر الشيخ أبو علي).

(٦) في (أ): (كانت لانقراض).

(٧) ذهب أكثر أصحاب الشافعي وأبي حنيفة وغيرهم إلى أنه ليس بشرط.
وذهب أحمد وغيره إلى اعتباره شرطاً.
ومن الناس من فصَّل وقال:
إن كان قد اتفقوا بأقوالهم أو أفعالهم أو بهما، لا يكون انقراض العصر شرطاً.
وإن كان الإجماع بذهاب واحدٍ من أهل الحلِّ والعقد إلى حكم، وسكت الباقون عن الإنكار مع اشتهاره فيما بينهم، فهو شرط. وهذا المختار. ذكر ذلك الآمدي في كتابه «الإحكام في أصول الأحكام» (١/ ٢٣١).

فإن قلنا: لا يشترط، نقض القضاء بجواز البيع. وإن قلنا: يشترط، لم ينقض.

ويجوز أن يبنى الخلاف على ما ذكر الصيدلاني، أنّ لأصحابنا وجهين، في أنه إذا اختلف الصحابة رضي الله عنهم في مسألة، ثم أجمع التابعون على أحد القولين، هل يرتفع(١) به الخلاف الأول(٢)، وبيع المستولدة وإن اختلف فيه الصدر الأول، فقد أجمع أهل العصر الثاني على منعه رضي الله عنهم أجمعين.

ومنها: أولاد المستولدة من السيد، لا تخفى حريتهم.

والذين حدثوا من النكاح أو الزنى(٣)، حكمهم حكم الأم؛ لأن الولد يتبع الأم في الحرية، فكذلك في حقّ الحرّية.

ولا يجيء فيهم الخلاف المذكور في ولد المدبرة والمكاتبة، فإنّ الاستيلاد أقوى؛ لأنه لا يرتفع بحال، والتدبير والكتابة يقبلان الرفع، فليس للسيد بيعهم.

ويعتقون بموته، وإن كانت الأمّ قد ماتت في حياة السيد.

ولو أعتق السيد الأم، لم يعتق الولد، وكذا حكم العكس، كما مرّ في التدبير، بخلاف ما إذا أعتق المكاتبة، يعتق ولدها؛ لما سبق.

ولو ولدت المستولدة من وطء شبهة: فإن كان الواطئ يعتقد أنها زوجته الأمَة، فالولد رقيق للسيد كالأم، وهو كما لو أتت به من نكاح أو زنى. وإن كان يعتقد أنها زوجته الحُرّة أو أمَته، فينعقد الولد حُرّاً، وعليه قيمته للسيد.

وأما الأولاد الحاصلون قبل الاستيلاد من النكاح، أو الزنى، فليس لهم حكم

---

(١) في (ي): (يرفع).

(٢) انظر: «الإحكام في أصول الأحكام» (١/ ٢٠٩).

(٣) في (أ): (والزنى).

الأم، وللسيد بيعهم إذا ولدوا في ملكه، ولا يعتقون بموته؛ لحدوثهم قبل أن يثبت للأم حقُّ الحُرّية.

ومنها: المستولدة فيما سوى نقل الملك فيها، كالقنة، فله إجارتها واستخدامها ووطؤها.

وعن مالك رحمه الله: المنع من إجارتها[1].

واحتجّ الأصحاب: بأنه يملك استخدامها، فيملك إجارتها كالمدبرة.

وله أرش الجناية عليها، وعلى أولادها التابعين لها، وقيمتهم إذا قتلوا.

ومن غصب مستولدة فتلفت في يده ضمنها كالقنة.

ومسألة الغصب مكرّرة، أوردها في الغصب[2] مرّة، وذكرنا هناك خلاف أبي حنيفة[3] رحمه الله فيها.

ولو شهد شاهدان على إقرار السيد بالاستيلاد، وحكم القاضي بشهادتهما، ثم رجعا، فعن الشيخ أبي علي رحمه الله: أنهما لا يغرمان شيئاً؛ لأنّ الملك باقٍ في يد المستولدة، ولم ينويا إلا[4] سلطنة البيع، ولا قيمة لها على تجرّدها، وليس هذا كإباق العبد من يد الغاصب، فإنه في عهده ضمان يده حتى يعود المغصوب إلى مستحقّه.

قال الإمام[5]: وإذا مات السيد وفات الملك، فالذي نراه: أن عليهما[6] الغرم

(١) انظر: «مختصر خليل» ص٣٠٠.

(٢) انظر: «الوجيز» (١٠/ ٢٠٨).

(٣) انظر: «العزيز» (٥/ ٤١٢-٤١٣).

(٤) في المطبوع من كتاب «العزيز» (١٣/ ٥٨٧): (ولو لم ينويا إلا)، وفي «روضة الطالبين» (١٢/ ٣١١): «ولم يفوتا إلا». (م ع).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٤٩٩).

(٦) في (أ): (عليها).

للورثة؛ لأنّ هذه الشهادة لا تنحطّ عن الشّهادة على تعليق العتق.

ولو شهدا على التعليق، ووجدت الصفة، وحكمنا بشهادتهما، ثم رجعا، لزمهما الغرم.

ومنها: في تزويج المستولدة ثلاثة أقوال:

أصحها ـ وبه قال أبو حنيفة[1]، واختاره المزني[2] ـ: أن للسيد الاستقلال به كما في القنة؛ لأنه يملك إجارتها فيملك تزويجها، ولأنه يحلّ له الاستمتاع بها فيجوز له التزويج كالمدبرة.

والثاني، قال في القديم: لا يزوّجها إلا برضاها؛ لأنه يثبت لها حقّ حرية لا يملك إبطالها، فلا يزوّجها إلا برضاها كالمكاتبة.

والثالث: ليس له تزويجها وإن رضيت؛ لأن ملك السيد فيها ضعيفٌ، وهي ناقصة في نفسها، فصار كتزويج الأخ والعم الصغيرة. وعلى هذا فهل يزوّجها القاضي؟ فيه وجهان:

عن أبي إسحاق والإصطخري: نعم، ولا بد من رضا السيد؛ لأن المهر له، ومن رضاها؛ لأن الاستمتاع بها.

وعن ابن أبي هريرة: المنع، فإن الحاكم بدلٌ عن[3] السيد، فإذا لم يملك السيد فالحاكم أولى.

ويجري الخلاف في تزويج بنت المستولدة، فإذا جوّزنا فلا حاجة إلى الاستبراء، بخلاف ما في المستولدة فإنها كانت فراشاً له.

---

(١) انظر: «الهداية» (٢/ ٦٨).

(٢) انظر: «المختصر» ص٣٣٢، «الوسيط» (٧/ ٥٤٣)، و«التهذيب» (٨/ ٤٨٦)، و«الروضة» (١٢/ ٣١١ -٣١٢)، و«مغني المحتاج» (٤/ ٥٤٢).

(٣) في (أ): (على).

وابن المستولدة، لا يجبره[1] السيد على النكاح، وليس له أن ينكح بغير إذن السيد، فإن أذن ففيه وجهان؛ تخريجاً من الخلاف في تزويج المستولدة، ذكره الروياني في «الكافي»[2].

وقد عرفت مما ذكرنا، أن قوله في الكتاب: (وقيل: لا يجوز إلا برضاها)، وقوله: (وقيل: لا يجوز برضاها أيضاً)، يجوز إعلامهما بالحاء، وهما قولان لا وجهان، ويقال: إن الآخر مخرّج.

وقوله: (إلا بمراجعة القاضي)، يوافق المنقول عن أبي إسحاق والإصطخري رحمهما الله.

قال رحمه الله:

(فرعان:

أحدهما: لو نكحَ جاريةً فولَدت ولداً رقيقاً ثم اشتراها، لم تَصِر أمَّ ولدٍ له، وإن ولَدت منه ولداً حرّاً في نكاحِ غرورٍ أو وطءِ شبهةٍ ثم اشتراها، فهل تصيرُ مُستولَدةً عليه؟ فيه قولان).

إذا زنى إنسان بأمَة وأتت بولد من الزّنى ثم ملكها، لم تصر أمّ ولد له، ولو ملك ذلك الولد لمَ يعتق عليه.

وعند أبي حنيفة[3] رحمه الله: يعتق عليه؛ لأنه منعقد من مائه.

---

(١) في (أ): (لا يجبر).

(٢) قوله: (في الكافي) ليس في (ز).

(٣) انظر: «الهداية» (٢/ ٦٩).

ولو أولد أمَة الغير بالنكاح ثم ملكها بشراء أو غيره، لم تصر أمّ ولد له أيضاً؛ لأنها علقت منه برقيق، والاستيلاد إنما يثبت تبعاً لحرية الولد، وإلى ذلك أشار بقوله ﷺ في مارية: «أعتقها ولدها»[1].

ولو ملكها وهي حامل منه، فكذلك الحكم.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: تصير أمّ ولد له في الصورتين[2].

ويروى تخصيص الاستيلاد بها إذا ملكها حاملاً وولدت عنده[3]، وبه قال مالك[4] والمزني[5] رحمهما الله.

---

(١) حديث مارية، قال عنه الحافظ ابن حجر في «التلخيص» (٤/ ٢١٨): «ابن ماجه من حديث ابن عباس بلفظ: ذُكرت أمّ إبراهيم عند رسول الله ﷺ فقال: «أعتقها ولدها»، وفي إسناده حسين بن عبد الله وهو ضعيف جداً. قال البيهقي: وروي عن ابن عباس من قوله. قال: وله علة، رواه مسروق عن عكرمة عن عمرو عن خصيف عن عكرمة عن ابن عمر عن عمر. قال: فعاد الحديث إلى عمر. وله طريق آخر رواه البيهقي من حديث ابن لهيعة عن عبيد الله بن أبي جعفر: أن رسول الله قال لأم إبراهيم: «أعتقك ولدك»، وهو معضل، وقال ابن حزم: صح هذا مسنداً، رواته ثقات عن ابن عباس، ثم ذكره من طريق قاسم بن أصبغ عن محمّد بن مصعب عن عبيد الله بن عمرو وهو الرّقي عن عبد الكريم الجزري عن عكرمة عن ابن عباس، وتعقبه ابن القطان: بأن قوله عن محمّد بن مصعب خطأ، وإنما هو عن محمد وهو ابن وضاح، عن مصعب وهو ابن سعيد المصيصي، وفيه ضعف». اهـ. انظر: «ابن ماجه» (٢/ ٨٤١) رقم (٢٥١٦)، وقال في «الزوائد»: «في إسناده الحسين بن عبد الله بن عبيد الله بن عباس، تركه ابن المديني وغيره، وضعفه أبو حاتم وغيره، وقال البخاري: إنه كان يتهم بالزندقة». وأخرجه البيهقي (١٠/ ٥٨٠-٥٨١)، من كتاب عتق أمهات الأولاد، والدارقطني (٤/ ١٣١-١٣٢).

(٢) انظر: «الهداية» (٢/ ٦٩).

(٣) في (ز): (منه).

(٤) انظر: «مختصر خليل» ص٣٠٠.

(٥) انظر: «المختصر» ص٣٣٢.

ولا شكّ أنّ الولد يعتق عليه لأنه[١] ملكه حملًا كان[٢] أو بعد[٣] الانفصال. قال الصيدلاني: وصورة ملكها حاملاً: أن تضع قبل ستة أشهر من يوم ملكها، أو أن لا يطأها بعد الملك، وتلد لما دون أربع سنين.

فأما إذا وطئها بعد الملك، وولدت لستة أشهر من وقت الوطء، فيحكم بحصول العلوق في ملك اليمين، وبثبوت الاستيلاد، وحرية الولد، وإن أمكن أن يكون سابقاً عليه.

ولو استولد أمَة الغير بالشبهة ثم ملكها، نظر: إن وطئها على ظن أنها زوجته المملوكة، فالولد رقيق، ولا يثبت الاستيلاد. وإن وطئها على ظن أنها زوجته[٤] الحرة أو أمته المملوكة[٥]، فالولد حر، وفي ثبوت الاستيلاد قولان.

وكذا لو نكح أمَة غرّ بحريتها فأولدها، فالولد حر، وفي ثبوت الاستيلاد إذا ملكها قولان، ويجريان فيما لو اشترى أمَة شراءً فاسداً وأولدها على ظنّ الصحّة:

أحدهما: أنه يثبت؛ لأنها علقت منه بحرٍّ، فصار كما لو علقت منه في ملكه.

والثاني: لا يثبت؛ لأنها علقت منه في غير ملك اليمين، فهو كما لو علقت منه في النكاح أو الزنى، ولأن الاستيلاد لم يثبت في الحال، فلا يثبت من بعد، كما لو أعتق عبد الغير ثم ملكه، ولأن الكتابة والتدبير لا يثبتان في ملك الغير حالاً ولا مآلاً فكذلك الاستيلاد. وهذا أظهر القولين، على ما ذكر الإمام[٦]، والموفق بن طاهر في «شرح مختصر

(١) قوله: (لأنه) ليس في (أ).
(٢) قوله: (كان) ليس في (أ).
(٣) في (أ): (بعيد).
(٤) من قوله: «المملوكة فالولد رقيق» إلى هنا ليس في (ز).
(٥) قوله: (المملوكة) ليس في (ز).
(٦) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٥٠١).

الجويني». ورأيت في «تعليق الشيخ أبي حامد»: أنه القول الجديد، والأوّل القديم.

التفريع:

إن أثبتنا الاستيلاد إذا ملكها، فأولادها الحادثون بعد ذلك من النكاح أو الزنى حكمهم حكم الأم حتى يعتقوا بموت السيد. والحاصلون قبل أن يملكها، ليس لهم حكم الأم، وإن حصلوا بعد الاستيلاد؛ لأنهم حصلوا قبل ثبوت الحقّ للأم.

ولو ملكها وهي حاملٌ من زوجٍ أو زنىً، ففي «فتاوى القاضي الحسين»: أنه لا يثبت لذلك الولد حكم الأمّ، بل يكونُ قِناً للمشتري؛ اعتباراً بحالة العلوق.

واعترض عليه بأنه لو اشترى أمَة حاملاً، يعتق الحمل الذي هو أخ المشتري تبعاً للأم، وإن كان الأخ لا يعتق[1] على الأخ، فلذلك جاز أن يقال: إذا كان الولد متصلًا يثبت له حكم الأم.

فأجاب: بأن هناك تثبت حقيقة الحرية فيسري إلى الجنين، والاستيلاد حقّ الحرية فلا يلزم أن يسري إلى الجنين، واستشهد عليه بأن ولد المكاتب من أمَته يتبعه؛ لأنه يثبت له حقيقة الملك فيه.

وولد المكاتبة لا يتبعها في قول؛ لأنه لا يثبت لها حقيقة الملك فيه.

ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب: (لم تصر أم ولد له) مع الحاء بالواو؛ لأنّ أبا الفرج الزاز ذكر في «أماليه»: أنّ بعض الأصحاب خرّج فيه[2] قولًا مثل مذهب أبي حنيفة رحمه الله؛ أخذاً مما إذا أولد جاريته المرهونة، وقلنا: لا يثبت الاستيلاد، وبيعت في الدّين، ثم ملكها يوماً من الدّهر. والله أعلم.

---

(١) في (أ): (يعتق).

(٢) في (ظ): (منه).

قال:

(الثاني: مُستولدةٌ استولدَها شريكان، ثم قالَ كلُّ واحدٍ: ولدَتْ أولاً منِّي فهي مستولدَتي، فقد صارَت مستولدةً، فإن ماتا عتقَت، والولاءُ موقوف، وإن كانا مُعسِرَينِ فنِصفُ الولاءِ لكلِّ واحدٍ منهما. واللهُ أعلمُ بالصَّواب، وإليه المرجعُ والمآب).

ذكرنا الفرع مصوّراً فيما إذا أولد الشريكان مكاتبتهما، والقنة في معناها، فإذا أتت الجارية المشتركة من كلّ واحدٍ من الشريكين بولدٍ ثم اختلفا وهما موسران، فقال كل واحدٍ منهما: «أنا أولدتها ولدي هذا أولاً، وهي مستولدتي»، تفريعاً على أنّ السراية لا تتوقّف على أداء القيمة، فالجارية مستولدة باتفاقهما، لكن ليس أحدهما بالتصديق أولى من الآخر، والقولان محتملان، فإن الفرض[1] فيما إذا تقارب الولدان في السن فيؤخذان معاً بالاتفاق عليهما[2]، وإذا مات أحدهما عتق نصفها مؤاخذة للآخر بإقراره، وإذا ماتا عتق كلها، والولاء موقوف بين عصبتهما.

ولو كانا معسرين فهي مستولدتهما، فإذا مات فالولاء بين العصبتين بالسوية. وفيه ما سبق أنّ الربيع رواه، وأنّ الأصحاب رحمهم الله غلّطوه أو أوّلوه.

فروع منثورة:

إذا استولد[3] المرتدّ أمَته، صارت مستولدته إن قلنا ببقاء ملكه، وإن قلنا بزواله لم يثبت الاستيلاد في الحال، فإن أسلم فعلى القولين فيما إذا استولد جارية الغير

---

(١) قوله: (فإن الفرض) ليس في (أ).

(٢) في (أ): (عليها).

(٣) في (ظ): (استولدت).

بالشبهة ثم ملكها، وإن توقفنا في الملك توقفنا في الاستيلاد أيضاً.

إذا أسلمت[١] مستولدة الكافر، أو استولد جاريته بعدما أسلمت، فقد ذكرنا في البيع: أنه لا سبيل إلى بيعها، وأنه لا يجبر على إعتاقها على الأصحّ، ولكن يحال بينهما، وتجعل عند امرأة ثقة، وكسبها له، ونفقتها عليه، فإن أسلم رفعت الحيلولة، وإن مات عتقت.

وعن مالك: تعتق بإسلامها[٢].

وقال أبو حنيفة[٣] رحمه الله: تستسعي بقدر قيمتها، فإذا أدّت عتقت.

وهل للكافر تزويجها، إذا جوّزنا تزويج المستولدة؟ فيه وجهان حكاهما الصيدلاني:

أحدهما ـ وهو الذي أجاب به القفّال ـ: لا؛ لانقطاع الموالاة باختلاف الدّين.

والثاني: نعم؛ بناء على أنه تصرّف بالملك. وذكر على الوجه الأول: أنّ القاضي لا يزوّجها أيضاً.

وعن أبي إسحاق رحمه الله: أنّ الحاكم يزوّجها إذا أرادته، ويكون المهر له. وكذلك يزوّجها الحاكم إذا اختار السيد تزويجها، وكرهت هي، وتصير النفقة على الزّوج.

وعنه أيضاً: أنها أحقّ بحضانة الولد ما لم تتزوّج، فإذا تزوّجت صار الأب أحقّ بالولد، إلا أن يكون الولد مميزاً ويخاف أن يفتنه عن دينه، فلا يترك عنده[٤].

---

(١) في (ظ): (استولدت).

(٢) انظر: «مختصر خليل» ص٣٠٠.

(٣) انظر: «الهداية» (٢/ ٦٩).

(٤) قال النووي في «الروضة»: (١٢/ ٣١٤): «الصحيح الذي عليه الجمهور: أنه لا حضانة لكافر على مسلم، كما سبق في الحضانة، ولا حضانة هنا للأب. والله أعلم».

في «فتاوى القفّال» رحمه الله: أنّ العبد إذا أولد جارية ابنه الحُرّ لا حدّ عليه، ويثبت النسب، ولا يثبت الاستيلاد؛ لأنه ليس من أهل الملك.

وأنّ المكاتب إذا أولد جارية ابنه الحُرّ، فيحتمل أن يبنى ثبوت الاستيلاد على الخلاف في أنه إذا أولد جارية نفسه، هل يثبت الاستيلاد؟

وأنّ من وطئ جارية بيت المال[1] يُحدُّ، وإن أولدها فلا نسب ولا استيلاد، ولا فرق في ذلك بين الغنيّ والفقير؛ لأنه لا يجب الإعفاف[2] من بيت المال.

وأنه لو أعتق مستولدته على مالٍ يجوز. ولو باع نفسها منها، فكذلك على الظاهر؛ لأنّ بيع العبد من نفسه إعتاق على الحقيقة، فقيل له: أليس يثبت الخيار للسيد في بيع العبد من نفسه على وجهٍ، وفيه اعتبار حكم المعاوضة؟ فقال: ذلك وجهٌ بعيدٌ.

وإذا[3] أولد جاريته المحرّمة عليه برضاع أو مصاهرة أو بنسب[4]، فعليه الحدُّ في قولٍ، والتعزير على الأظهر.

وعلى القولين: لو أولدها، فالولد حرٌّ نسيبٌ، وتصير هي مستولدة.

قال الأصحاب: ولا يتصوّر اجتماع هذه الأحكام مع وجوب الحدّ، إلّا في هذه الصُّورة على أحد القولين.

واعلم أنّ الكلام في أحكام المستولدة قد مرَّ متفرّقاً[5] في الأبواب السّالفة، فلذلك كانت مؤونة الباب خفيفةً.

---

(١) قوله: (بيت المال) ليس في (أ).

(٢) في (ي): (الإعتاق).

(٣) في (ي): (إذا).

(٤) في (ظ): (أو لنسب).

(٥) في (ي): (مقدّماً).

نسأل الله تعالى أن يُخفِّفَ عنا بُحسن المعونة[١] كلّ تعب ومؤونة، وأن يرحم ضعفنا كما علِمه، وأن يحشرنا في زمرة من رحِمَه.

ونختم الكتاب بما بدأنا[٢] به، وهو حَمْدُ الله ذي الجلال والإكرام ووليّ الطَّوْل والإنعام.

ونقول: الحمد لله الذي هدانا لهذا، وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله.

اللهم صلِّ على محمّد وعلى آل محمّدٍ كلّما ذكَره الذاكرون، وصلِّ على محمّد وعلى آل محمّد كلما غفل عن ذكره الغافلون، و﴿ٱغْفِرْ لَنَا وَلِإِخْوَٰنِنَا ٱلَّذِينَ سَبَقُونَا بِٱلْإِيمَٰنِ وَلَا تَجْعَلْ فِى قُلُوبِنَا غِلًّا لِّلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ رَبَّنَآ إِنَّكَ رَءُوفٌ رَّحِيمٌ﴾ [الحشر: ١٠][٣].

وتيسّر الفراغ منه في ذي القعدة الحرام لثلاثة عشر بعد ستمئة عام[٤].

---

(١) في (ظ): (يخفف عنا بأمانه).

(٢) في (ي): (بدأناه).

(٣) الخاتمة هكذا في (أ) و(ي) و(د) و(ظ)، ومن قوله: (ونقول الحمد لله الذي هدانا) إلى هنا ليس في (ز).

(٤) ثم إن نسخة (ظ) ذكرت ما يلي: «هذا كله بحكاية خطّ المصنّف رحمه الله وإيّانا، هكذا شاهدته مكتوباً، وحسبنا الله ونعم الوكيل. نسَخَه الفقير إلى رحمة الله العظيم: عمر محمد الحسن الشافعي العلوي...» إلخ.
وفي خاتمة نسخة (أ): «وقع الفراغ من كتابته ـ على يدي أضعف عباد الله تعالى، العبد الفقير: أحمد ابن محمّد المسكي غفر الله له، ولمن سعى في نساخته، ولجميع المسلمين ـ في ثاني صَفَر خُتم بالخير والظَّفَر، سنة تسع وثلاثين وسبع مئة، وصلّى الله على سيّدنا محمّد وآله وصحبه الطيّبين الطاهرين وسلّم».
وفي نسخة (د): «والحمد لله وحده، وصلواته على خير خلقه محمّد وآله وصحبه وأزواجه وذرّيته من بعد، وسلّم تسليماً كثيراً.
تَمّ الجزء المبارك بحمد الله وعَوْنه وحُسْن توفيقه، وبه تَمّ الكتاب المبارك ...، العبد الفقير الذّليل الحقير، المعترف بذنبه وعصيانه، المقرّ لله سبحانه وتعالى بفضله وامتنانه، محمّد بن عبد الرّحيم بن عمر بن إبراهيم ابن علي بن محمّد بن عبد الظّاهر، القرشي الهاشمي الجعفري الشّافعي، غفر الله له ولوالديه ولجميع=

= المسلمين، وجعله خالصاً لوجهه الكريم، ونفع به كاتبه وقارئه ومطالعه...، تاريخ الثالث والعشرين شهر جمادى الآخرة سنة ثلاث وسبعمئة من الهجرة النبوية على صاحبها أفضل الصّلوات والتسليم...».

قال النووي في «الروضة» (١٢/ ٣١٥-٣١٦): «قد أحسن الإمام الرّافعي رضي الله عنه فيما حقّقه ولخّصه وأتقنه واستوعبه في هذا الكتاب، ويسّر الاحتواء على متفرّقات المذهب ونفائس خفاياه على المفتين والطلاب.

واعلم أيّها الرّاغب في الخيرات، والحريص على معرفة النفائس المحقّقات وحلّ الغوامض والمشكلات، والتبحُّر في معرفة المذهب والوقوف على ما تعتمده من المصنفات، وتعمد إليه عند نزول الفتاوى الغامضات، وتثق به عند تعارض الآراء المضطربات، وتحث على تحصيله من أردت نصحه من أولي الرغبات، أنه لم يصنف في مذهب الشافعي رضي الله عنه ما يحصل لك مجموع ما ذكرته، أكمل من كتاب الرافعي ذي التحقيقات، بل اعتقادي واعتقاد كلّ مصنف: أنه لم يوجد مثله في الكتب السابقات ولا المتأخّرات، فيما ذكرته من هذه المقاصد المهمّات.

وقد يسّر الله الكريم ـ وله الحمد ـ في هذا «المختصر» مع ذلك جملاً متكاثرات من الزّوائد المتمّمات والنوادر المستجادات وغير ذلك من المحاسن المطلوبات، وأسأل الله الكريم أن يكثر النفع به لي ولوالدي ومشايخي وسائر أحبابنا المسلمين والمسلمات، وحسبنا الله ونعم الوكيل، لا حول ولا قوّة إلا بالله العليّ العظيم».

فهرس المحتويات

الموضوع	الصفحة

كِتَابُ الدَّعَاوَىٰ وَالبَيِّنَاتِ

الأول: الدعوى ٧
الركن الأول: فيمن يحتاج إلى الدعوى ٧
تعريف الدعوى ٨
هل لصاحب الحق أن يأخذ من غير جنس حقه إذا ظفر به؟ ١١
إذا لم يصل المستحق إلى المال إلا بكسر الباب، ونقب الدار، هل يضمن أم لا؟ ... ١٣
إذا أخذ المستحق أكثر من حقه، هل يضمن الزيادة أم لا؟ ١٧
لو كان حقه دراهم مكسَّرة وظفر بالصحاح، فهل له أخذها؟ ١٨
حد المدعي والمدعى عليه ٢١
الأوصاف المعتبرة لصحة الدعوى ٢٥
الوصف الأول: العلم بالمدَّعى ٢٥
ما يستثنى عن اعتبار العلم ٢٧
الوصف الثاني: كون الدعوى ملزمة ٢٨
هل يشترط لسماع الدعوى أن يعرف بين المدعيين مخالطة، أو معاملة ٣٠
هل يجيب القاضي المدعى عليه بتحليف المدعى على يمين الاستحقاق؟ ٣١
إذا قامت البينة على المدّعى عليه، فقال: أمهِلوني فلي بينةٌ دافعة، فهل يمهل؟ ٣٤
دعوى النكاح وأحكامها ٣٧
حكم سماع دعوى الزوجية ٤٢

الموضوع الصفحة

امرأة تحت رجلٍ، ادعى آخر أنها زوجته ٤٤
ادعت امرأة ذات ولدٍ، أنها منكوحته، وأن الولد منه ٤٤
العبدُ إذا ادّعى أنه حرٌّ الأصل ٤٥
حكم سماع الدعوى بالدين المؤجل ٤٧
مسألة الدلال ٥٠
هل يجوز أن يدعي على الشك؟ ٥٠
الرُّكنُ الثاني: جوابُ المدَّعى عليه ٥١
إذا قال: لفلان عليَّ أكثر مما لك ٥٢
إذا ادعى عشرة على إنسان، فقال: لا تلزمني العشرة، فهل هذا يكون جواباً؟ ٥٣
إذا ادعى مالا وأسنده إلى جهة، بأن قال: أقرضت منك كذا، وطالبه ببدله ٥٦
إذا اعترف بالملك، وادعى رهناً، أو إجارة، وكذّبه المدعي، فمن المصدق منهما؟ .. ٥٨
إذا ادعى عقاراً أو منقولاً، على إنسان، وقال المدعى عليه: إنه ليس لي ٦١
أنواع الدعوى المضافة إلى معلوم ٦٢
الضرب الأول: من تمتنع مخاصمته وتحليفه ٦٢
الضرب الثاني: من لا تمتنع مخاصمته وتحليفه ٦٣
انصراف الخصومة إلى الغائب إذا أضافها المدعى عليه إليه ٦٥
إذا ادعى أنه وكيل من جهة الغائب، ولم يثبت الوكالة، فهل تسمع بينته؟ ٦٧
إذا حُكم بانصراف الخصومة عن المدعى عليه، فهل للمدعي تحليفه؟ ٧٠
إذا اشترى ثوباً أو عبداً من إنسان، فجاء آخر، وادعى أنه له ٧٢
جوابُ دعوى القصاصِ على العبد أم على السيد؟ ٧٧
حكم من ادعى على إنسان عيناً أو ديناً ولم يحلفه، وطلب كفيلاً منه ليأتي بالبينة ... ٧٩
الركنُ الثالث: في الحلف ٨١

الموضوع | الصفحة

الطرف الأول: وهو نفس الحلف ٨٢
هل للتغليظ مدخلٌ في الأيمان المشروعة في الدعاوى؟........ ٨٢
وجوه التغليظ بالإيمان ٨٢
الدعاوى التي يجري فيها التغليظ بالأيمان........ ٨٤
الطرف الثاني: المحلوف عليه ٩٠
ما يحلف فيه على البت، هل يشترط فيه اليقين؟ ٩٤
النظر في اليمين إلى نية القاضي المستحلف........ ٩٥
الطرف الثالث: الحالف ٩٧
الدعاوى التي يجري فيها التحليف ٩٧
الوكيل بالخصومة، هل له إقامة البينة على وكالته من غير حضور الخصم؟ ١٠٣
الطرف الرابع: فائدة اليمين وحكمها ١٠٤
إذا طلب المدعي يمين المدعى عليه فقال للحاكم: حلفني عند قاض آخر ١٠٨
هل يحلف المدعى عليه إذا لم يطلب المدعي يمينه؟ ١١٠
الركنُ الرابع: النّكول ١١١
إذا أنكر المدعى عليه، واستحلف، فنكل عن اليمين، هل يقضى عليه بالنكول؟ .. ١١١
يستحب للقاضي أن يعرض اليمين على المدعى عليه ثلاث مرات ١١٣
إذا أراد المدعى عليه بعد الامتناع عن الحلف أن يعود إليه ١١٤
ما الحكم إذا ردت اليمين إلى المدعي؟ ١١٦
إذا ذكر المدعي لامتناعه عن اليمين سبباً، وطلب مهلة ليأتي بالبينة، فهل يقدر له مهلة؟ ١١٨
إذا طلب المدعى عليه عند الاستحلاف الإمهال للنظر أو لسؤال الفقهاء ١١٩
يتعذَّرُ ردُّ اليمينِ حيثُ يكونُ المدَّعي السلطان ١٢٢

الموضوع | الصفحة

المراهق إذا شهد الوقعة ثم ادعى الاحتلام، وطلب سهم المقاتلة........... ١٢٥
إذا ادعى وليُّ الصبي والمجنون ديناً له على إنسانٍ فأنكر ونكل ١٢٦
قيم المسجد، ومتولي الوقف، إذا ادعى للمسجد أو للوقف، وأنكر المدعى عليه ونكل ١٢٧
الركنُ الخامس: البيِّنة........................... ١٢٩
بيان الحكم عند تعارض البينتين ١٣٠
القسم الأول: إذا تعارضت البينتان ولم يوجد مرجح........................... ١٣٠
إذا ادعى اثنان عيناً في يد ثالثٍ ١٣٠
تساقط البينات ١٣٣
إذا كان التنازع في زوجية امرأة، وأقام كلّ واحدٍ بينة، وتعارضتا........... ١٣٥
أقر صاحب اليد لأحدهما بعد ما أقاما البينتين ١٣٦
إذا كانت العين في يدهما، وادعاها كل واحدٍ منهما........................... ١٣٧
ادعى رجل نصف دار، والآخر كلها، وأقام كل واحدٍ منهما بينته، والدار في يد الثالث . ١٤١
إذا ادعى أحدُ المدعيين الثلث، والآخر الكل........................... ١٤٢
دار في يد إنسان، ادعى زيد نصفها، فصدقه، وعمرو نصفها، فكذبه صاحب اليد
وزيد معاً، ولم يدعه واحد منهما لنفسه ١٤٣
دار في يد ثلاثة، ادعى أحدهم نصفها، والثاني ثلثها، والثالث سدسها، ولا بينة .. ١٤٥
القسم الثاني: إذا تعارضت البينتان، وهناك ما يرجح إحداهما ١٤٨
أسباب الترجيح ١٤٨
السبب الأول: قوة الحجة........................... ١٤٩
السبب الثاني: اليد ١٥٢
من أقرّ بعينٍ لإنسان، ثم ادعاها ١٦٠
السبب الثالث: اشتمال إحدى البينتين على زيادة ١٦٣

الموضوع | الصفحة

زيادة التاريخ ١٦٣

الطرف الأول: تعارض البينتين في الأملاك ١٦٤

إذا ادعى داراً أو عبداً في يد رجل فشهدت له البينة بالملك في الشهر الماضي أو بالأمس ولم تتعرض للحال.. ١٧١

إذا أقام البينة على ملك دابة أو شجرة، هل يستحق النتاج والثمرة الحاصلتين قبل إقامة البينة؟ ١٧٧

إذا ادعى ملكاً مطلقاً، فشهد الشهود بالملك، وذكروا سببه ١٨٠

الطرف الثاني: تعارض البينتين في العقود ١٨٢

إذا قال المكري: أكريتك هذا البيت من الدار شهر كذا بعشرةٍ وقال المكتري: بل اكتريت جميع الدار بالعشرة ١٨٢

إذا ادَّعى رجلانِ دارا في يدِ ثالث، يزعمُ كلُّ واحدٍ أنه اشتراها منه، ووفَّر الثمَّن.. ١٨٩

دارٌ في يد إنسان جاء اثنان، وقال كل واحد منهما: بعت منك هذه الدار وكانت ملكي بكذا فأدِّ الثمن ١٩٨

ما الحكم إذا كانت البينتان مطلقتين، أو إحداهما مطلقة والأخرى مؤرّخة؟...... ١٩٩

إذا ادّعى عبدٌ أن مولاه أعتقه، وادَّعى آخرُ أن مولاه باعه منه ٢٠٢

الطرف الثالث: تعارض البينتين في الموت، والميراث ٢٠٥

مات رجل عن ابنين مسلم ونصراني مثلاً، واختلفا فيما مات عليه الأب، فما الحكم؟... ٢٠٦

مات رجل عن زوجة وأخ مسلمَين، وعن أولادٍ كفـرة، فقال المسلمان: مات مسلماً وقال الأولاد: بل كافراً، فما الحكم؟.. ٢١١

ابنا ميتٍ؛ نصراني ومسلم تنازعا، فقال المسلم: أسلمتُ بعد موت أبينا فالميراث بيننا وقال النصراني: بل قبله، فلا ترثه.. ٢١٢

الموضوع الصفحة

إذا قال سيد لعبده: إن قتلتُ فأنت حر، وتنازع بعده العبد والوارث، فأقام العبد بينة أنه قُتل، والوارث بينة أنه مات حتف أنفه ٢١٧
من ادعى وراثة إنسانٍ، وطلب تركته أو شيئاً منها، فما الحكم؟ ٢٢٠
الطرفُ الرابع: تعارض البينتين في العتقِ والوصية ٢٢٥
المريض مرض الموت إذا أعتق عبدين كل واحدٍ منهما ثلث ماله على الترتيب، ولم يجز الورثة، فما الحكم؟ ٢٢٥
شهد أجنبيان أنه أوصى بعتق غانم، وهو ثلث ماله، وشهد وارثان أنه رجع عن تلك الوصية، وأوصى بعتق سالم، وهو ثلث ماله ٢٣١
إذا شهد اثنان بأن فلاناً الميت، أوصى لزيد بالثلث، وآخران بأنه أوصى لبكر بالثلث . ٢٣٧
ادعى عبداً في يد رجلٍ، وأقام بينة: أنه ولدُ أمتهِ، ولدته في ملكه ٢٤١
ادعى ديناً على إنسان وشهد له شاهدان، لكن ذكر أحدهما موصولا بشهادته: أنه قضاه أو أن المستحق أبرأه ٢٤٢
اختلاف الزوجين في متاع البيت ٢٤٦
مالك الدار وساكنها بالإجارة، اختلفا في متاع الدار ٢٤٧
رجلين تنازعا في حصة ادعى أحدهما: أنها ملكٌ له وأقام بينة عليه وادعى الآخر أنها وقف عليه ولم يُقِمْ عليه بينة ٢٥٦
الباب الثاني: في دعوة النسب وإلحاق القائف ٢٦٢
أركان دعوة النسب ٢٦٣
الركن الأول: المستلحَق ٢٦٣
هل يعتبر في المستلحق الحرية؟ ٢٦٦
الركنُ الثاني: الملحِقُ ٢٦٧
صفات القائف ٢٦٧

الموضوع **الصفحة**

كيفية تجربة القائف ٢٦٨

الركنُ الثالث: محلُّ العرضِ على القائف ٢٧١

متى يعرض الولد على القائف؟ ٢٧١

ما الحكم لو تداعى اثنان صبياً مجهولاً؟ ٢٧٦

إذا استلحق مجهولا، وله زوجةٌ فأنكرت ولادته، واستلحقته امرأة لها زوج فأنكره ٢٧٧

إذا لم يجد قائفاً، وتحير، ولم يجد جواباً، وألحق الولد بهما، أو نفاه عنهما ٢٧٩

كِتَابُ العِتق

شروط من يصح منه العتق ٢٨٧

هل للعبد المأذون في التجارة الإعتاق؟ ٢٨٨

صيغة العتق ٢٩٠

ألفاظ صريحة ٢٩٠

ألفاظ كناية ٢٩١

هل يصح تعليق العتق بالصفات والإعتاق على العوض؟ ٢٩٦

خواص العتق ٢٩٩

الخاصيةُ الأولى: السِّراية ٢٩٩

كيفية التكميل إذا أضاف العتق إلى الجزء الشائع ٣٠١

شروط السراية ٣٠٦

الشرط الأول: كون المعتق موسراً ٣٠٦

إذا ملك المعتق قيمة نصيب الشريك، لكن عليه من الدين مثل ما يملكه أو أكثر،
فهل يمنع الدين التقويم عليه والسراية؟ ٣٠٧

إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه في مرض الموت ٣١١

إذا ملك نصفين من عبدين متساويي القيمة، فأعتقها في مرض الموت ٣١٢

الموضوع الصفحة

إذا ملك نصفين من عبدين، فأوصى بإعتاق نصيبه منهما بعد موته ٣١٥

إذا كان الشريك المعتق موسراً ببعض قيمة الباقي دون بعض ٣١٦

الشرط الثاني: أن يعُتق باختياره ٣١٧

الشرط الثالث: أن لا يتعلق بمحلِّ السِّراية حقٌّ لازم ٣٢٠

إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه ونصيب الآخر مرهون، فهل يسري العتق؟ ٣٢٠

إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه ونصيب صاحبه مدبر، هل يقوم عليه نصيب الشريك؟ ٣٢١

الشرط الرّابع: أن يتمكَّن العتقُ من نصيبِه أولاً ٣٢٢

إذا قال للعبد وهو يملك نصفه: أعتقت نصفك، فعلام يحمل؟ ٣٢٣

إذا قال أحد الشريكين للعبد المشترك: أنت حرٌّ قبل موتي بشهر، وقال الآخر: بعده بيوم مثلاً ٣٢٦

متى تثبت السراية حيث يحكم بها؟ ٣٢٧

هل بين العتق والاستيلاد ترتيب، أم يستويان؟ ٣٢٩

عبد بين ثلاثة لأحدهم نصفه وللآخر ثلثه وللثالث سدسه فأعتق أحدهم نصيبه وهو موسر، فهل يسري العتق إلى نصيب الشريكين؟ ٣٣٠

كيف تعتبر القيمة إذا حكمنا بتأخُّر السِّراية؟ ٣٣٢

إذا مات العبد أو غاب أو تقادم العهد، فمن المصدق باليمين منهما؟ ٣٣٣

ما الحكم إذا اختلفا في قيمة العبد ليعرف حصة المردود من الثمن؟ ٣٣٤

ما الحكم إذا اختلفا في عيب بالعبد ينقص القيمة؟ ٣٣٥

ما الحكم إذا مات المعتق قبل أداء القيمة؟ ٣٣٨

ما الحكم إذا أعتق الشريك نصيبه قبل أخذ القيمة؟ ٣٣٩

ما الحكم إذا قال أحد الشريكين للآخر: إذا أعتقت نصيبك، فنصيبي حرّ؟ ٣٤٣

الموضوع الصفحة

إذا ادعى أحد الشريكين على الآخر وهو موسر: إنك أعتقت نصيبك، وعليك قيمة نصيبي، فأنكره ٣٤٨
ما الحكم إذا أعتق شركاً له في جارية حبلى وهو موسر، ولم تقوَّم عليه حتى ولدت؟. ٣٥٧
الخاصيةُ الثانية: عتقُ القرابة ٣٦١
إذا اشترى المريض مرض الموت قريبه ٣٦٥
إذا قهر حربي حربياً، فهل يملكه؟ ٣٦٧
ما الحكم إذا اشترى نصف قريبه؟ ٣٦٩
الخاصيةُ الثالثة: امتناعُ العتقِ بالمرض ٣٧٢
ما الحكم إذا أعتق عبداً لا مال له غيره، ثم مات هذا العبد قبل موت السيد؟ ٣٧٣
إذا وهب في مرض الموت عبداً لا يملك غيره وأقبضه، ومات العبد قبل موت السيد ٣٧٤
إذا أعتق ثلاثة أعبد قيمتهم سواء وهو لا يملك غيرهم، فمات أحدهم قبل موت السيد ٣٧٦
الخاصيةُ الرّابعة: القُرعة ٣٨٠
محل القرعة ٣٨٠
ما الحكم إذا أعتق في المرض عبداً مبهماً بأن قال: أحد هؤلاء حرّ؟ ٣٨٣
لو قال لجارية له حامل في مرض موته: أنت حرة، أو ما في بطنك، فولدت لما دون ستة أشهر من يوم الإعتاق، ولم يتفق تعيين ٣٨٩
كيفية القرعة ٣٩٢
كيفية تجزئة العبيد ٣٩٧
ما الحكم إذا أعتق في مرض موته عبيداً لا مال له غيرهم، ومات وعليه دين؟ ٤٠٤
هل يجوز أن يقرع للدين والعتق والتركة؟ ٤٠٥
إذا قال الورثة: نقضي الدين من موضع آخر ونمضي العتق في الجميع فهل ينفذ العتق؟ ٤٠٦
ما الحكم إذا أعتقنا بعض العبيد بالقرعة، ولم يكن عليه دينٌ ظاهر، ثم ظهر دين؟ ٤٠٧

الموضوع **الصفحة**

إذا أبهم العتق بين جاريتين، فهل يكونُ الوطءُ تعييناً للمُلكِ في الموطوءة؟........... ٤٠٩
إذا قال لأمته: أول ولد تلدينه فهو حر فولدت ميتاً ثم حياً ٤١٥
إذا قال لعبديه: أعتقتُ أحدكما على ألف، فقبِلا، ومات قبل البيان ٤١٧
إذا نكح جارية أبيه مغروراً بحريتها، فأتت منه بولد، هل يلزمه قيمة الولد؟ ٤١٩
ما الحكم إذا أعتق الوارث عبد التركة والموروث مديون؟ ٤٢٠
إذا باع الوارث التركة بغير إذن الغرماء، فهل ينفذ بيعه إذا كان موسراً؟.......... ٤٢١
هل تدخل الموطوءة في العتق المبهم؟ ٤٣٢
إذا شهد شاهدان على أنه قال: أحد هذين العبدين حرّ فهل تقبل هذه الشهادة؟.. ٤٤٣
الخاصيةُ الخامسة: الولاء ٤٤٥
سبب الولاء... ٤٤٦
حكم بيع الولاء ٤٤٨
آثار التشابه بين النسب والولاء.. ٤٤٩
هل يسترسلُ الولاءُ على أولادِ المُعتقِ وأحفادِه؟........................... ٤٥١
من أبوه حر أصلي لا ولاء عليه، وأمه معتقة، هل يثبت الولاء عليه لموالي الأم؟ .. ٤٥٣
جهة مباشرة العتق مقدمة على جهة تعدي الولاء من الأصول....................... ٤٥٧
إذا أعتق الجد والأب رقيق، فهل ينجرّ من موالي الأم إلى موالي الجد؟ ٤٥٨
هل ينجرّ ولاء نفسه من موالي الأم؟.. ٤٥٩
إذا أعتق أمةً حاملاً من مُعتقٍ فولاءُ الجنينِ لمن؟............................ ٤٦١
حكم الولاء ٤٦٤
الذين يرثون بولاء المعتق من عصباته يترتبون ترتب عصبات النسب.............. ٤٦٨
الانتساب في الولاء، هل ينتظم من محض الإعتاق؟................................ ٤٧٠
إذا اشترت المرأة أباها فعتق عليها، ثم أعتق الأب عبداً، ومات عتيقه بعد موته .. ٤٧١

الموضوع **الصفحة**

أختانِ خُلِقتا حُرَّتين، اشترت إحداهُما أباهما والأخرى أمَّهما، فكيف يكون الولاء؟. ٤٧٤
هل لمشترية الأم الولاء على مشترية الأب؟ ٤٧٥
اشترت أختان أمَّهما، ثم شاركتِ الأمُّ أجنبياً في شراءِ أبيهما ٤٧٨
نكح عبدٌ حرةً أصليةً وأخرى معتقة، فأتت المعتقة بولد ومات ٤٨٦

كِتَابُ التَّدْبِيْر

النَّظرُ الأول: أركان التدبير ٤٩٥
الركن الأول: الصيغة ٤٩٧
حكم تعليق التدبير ٥٠٠
حكم تعليق التدبير بمشيئة العبد ٥٠٥
قال: إذا مت فشئت، فأنت حرٌّ، فهل يشترط اتصال المشيئة بالموت؟........ ٥٠٦
الركنُ الثاني: الأهل ٥١٠
تدبير المجنون والصبي........ ٥١٠
تدبير السفيه المحجور عليه........ ٥١٢
ما الحكم إذا دبر عبداً ثم ارتد؟........ ٥١٣
إذا عاد المرتد إلى الإسلام، فهل يعود التدبير؟........ ٥١٤
إذا دبر الكافر عبده الكافر، ثم أسلم العبد........ ٥١٦
إذا دبر أحد الشريكين نصيبه من العبد المشترك ٥١٧
النَّظرُ الثاني: في أحكامِ التدبير ٥١٨
الحكم الأول: ارتفاع التدبير بعد صحته ٥١٨
الأمور التي يرتفع بها التدبير ٥١٨
إزالة الملك ٥١٨
هل يجوز الرجوع عن التدبير بصريح الرّجوع؟ ٥٢١

الموضوع | الصفحة

إذا كاتب المدبّر، فهل يرتفع التدبير؟ ٥٢٥
هل إنكار السيد التدبير رجوع؟ ٥٢٨
إذا دبرَّ عبداً لا مال له غيرُه، فإنه يعتبر من الثلث ٥٣٢
إذا علق طلاق امرأته في الصحّة، ووجدت الصفة في المرض، هل يجعل فاراً؟ ٥٣٧
إذا قال: إن جُننت فأنت حر، فجنّ ٥٣٩
حكم جناية المدبّر ٥٤٠
الحكمُ الثاني: السِّراية ٥٤٣
إذا أتت المدبرة بولدٍ من نكاح أو زنى، فهل يسري التدبير إليه؟ ٥٤٤
إذا أتت بولد قبل موت السيد، فهل يتبع الأم في حكم الصفة؟ ٥٤٨
إذا كانت المدبرة حاملاً عند موت السيد، فهل يعتق الحمل معها؟ ٥٤٩
دبر عبده ثم ملّكهُ أمة فوطئها وأولدها، فهل يملكها بالتمليك؟ ٥٥٤

كِتَابُ الكِتَابَة

معنى الكتابة وسبب تسميتها ٥٥٩
النظر الأول: أركان الكتابة ٥٦٣
الرّكنُ الأول: الصيغة ٥٦٣
الرّكنُ الثاني: العِوض ٥٦٨
شروط العوض ٥٦٨
الشرط الأول: أن يكون ديناً ٥٦٨
الشرط الثاني: أن يكون مؤجلاً ٥٦٨
الشرط الثالث: أن يُنَجَّم بنجمينِ فصاعداً ٥٧٠
هل يجوز أن يجعل عوض الكتابة منفعةً؟ ٥٧٣
الشرط الرابع: إعلامُ القدرِ والأجلِ والنَّجم ٥٧٨

الموضوع **الصفحة**

هل يشترط أن يعين موضع تسليم النجوم؟ ٥٨١
ما الحكم إذا شرط في الكتابة أن يشتري العبد منه شيئاً أو يشتري هو من العبد؟ . ٥٨٢
ما الحكم إذا كاتب ثلاثة أعبد في صفقة واحدة؟ ٥٨٤
الرّكنُ الثالث: السَّيد ٥٨٧
الشروط المعتبرة في السيد لتصح كتابته ٥٨٧
ما الحكم إذا لم يؤد المكاتب النجومَ حتى مات السيد؟ ٥٨٩
هل يشترط لصحة الكتابة إسلام السيد؟ ٥٩٥
حكم كتابة المرتد ٥٩٧
هل تصح كتابة الذمي؟ ٥٩٩
إذا كاتب الذمي عبده على خمر أو خنزير، ثم أسلما أو ترافعا إلى قاض مسلم...... ٦٠٠
إذا كاتب الذمي عبده فأسلم المكاتب، فهل ترتفع الكتابة؟ ٦٠٢
كتابة الحربي ٦٠٣
إذا استولى الكفار على مكاتب مسلم، هل تبطل الكتابة؟ ٦٠٧
الرّكنُ الرّابع: العبد ٦٠٨
شروط صحة كتابة العبد........ ٦٠٨
الشرط الأول: أن يكون مكلّفاً........ ٦٠٨
هل يجوز كتابة المستولدة؟........ ٦١١
الشرط الثاني: أن يكُاتب كلُّه........ ٦١٢
إذا اجتمع الشريكان على كتابة عبد ثم عجز، فعجّزه أحدهما وفسخ الكتابة، وأراد
الآخر إنظاره وإبقاء الكتابة ٦٢٠
الكتابة الباطلة........ ٦٢١
الكتابة الفاسدة........ ٦٢٢

الموضوع الصفحة

أقسام تعليق العتق بالصفة ٦٢٣
المكاتبة كتابة فاسدة، هل يتبعها ولدها؟ ٦٢٥
هل للمكاتب كتابة فاسدة أن يسافر دون إذن السيد؟ ٦٢٦
هل تبطل الكتابة الفاسدة بموت السيد؟ ٦٣٢
النظرُ الثاني: في أحكام الكتابة ٦٣٣
الحكم الأول: ما يحصلُ به العِتق ٦٣٣
هل تنفسخ الكتابة الصحيحة بجنون السيد أو جنون العبد؟ ٦٣٦
هل تنفسخ الكتابة الفاسدة بجنون السيد أو جنون العبد؟ ٦٣٨
إذا كاتب الشريكان العبد المشترك معاً، ثم أعتق أحدهما نصيبه، فهل يسري إلى نصيب الشريك إن كان موسراً؟ ٦٤٠
إذا ادّعى العبدُ على الشريكينِ أنه وفاّهما النُّجوم، فصدَّق أحدُهما وأنكر الآخر ... ٦٤٣
إذا كاتب عبداً ومات عن ابنين، وأعتق أحدهما نصيبه، فهل يسري إلى نصيب الأخر؟ ٦٤٦
إذا خلَّف ابنين وعبداً، فادعى العبد: أن أباهما كاتبه، فما الحكم؟ ٦٥٣
ما الحكم إذا قبض السيد النُّجوم فوجدها ناقصةً؟ ٦٥٧
إذا أسلم في جارية وقبض جارية فوجد بها عيباً، وردّها، فهل على المسلم إليه استبراء هذه الجارية؟ ٦٥٨
ما الحكم إذا خرج بعض النجوم أو جميعها مستحقاً؟ ٦٦٢
الحكمُ الثاني: حكمُ الأداء ٦٦٥
حكم إيتاء المكاتب ٦٦٥
محل الإيتاء ٦٦٦
وقت الإيتاء ٦٦٧
قدر الإيتاء ٦٦٨

الموضوع **الصفحة**

جنس الإيتاء ٦٦٩
هل يحاصّ المكاتب بالذي له، أهل الديون والوصايا؟ ٦٧١
ما الحكم إذا عجّل المكاتب النجوم قبل المحلّ؟ ٦٧٤
إذا أتى المكاتب بالنجوم، فقال السيد: هذا حرام أو مغصوب فما الحكم؟ ٦٧٥
أسباب تعذُّر النجوم ٦٨١
السبب الأول: إفلاس المكاتب ٦٨١
السبب الثاني: غياب المكاتب ٦٨٣
السبب الثالث: امتناع العبد من أداء النجوم مع القدرة ٦٨٦
السبب الرابع: جنون العبد ٦٨٧
السبب الخامس: موت العبد ٦٩٠
إذا تطوّع رجل بأداء مال الكتابة، فهل يجبر السيد على القبول، أو يمكّن من الفسخ؟ ٦٩٢
ما الحكم إذا قهر السيد المكاتب واستسخره في بعض أعماله مدة؟ ٦٩٢
ما الحكم إذا انضمت إلى النجوم ديون على المكاتب؟ ٦٩٣
إذا اجتمع على المكاتب: النجوم، وديون المعاملات كالأثمان والقروض وأروش الجنايات ٦٩٧
إذا كاتب اثنان عبداً، فهل له أن يفضل أحدهما على الآخر في قدر المدفوع، أو يقدّم أحدهما على الآخر؟ ٧٠٣
إذا كاتب عبدين فصاعداً، وشرط أن يتكفّل بعضهم عن بعض بالنجوم، فما الحكم؟. ٧٠٨
ما الحكم إذا أدّى بعض المكاتبين عن بعض بلا شرط ولا ضمان، أو كاتب عبدين في عقدين، فأدّى أحدهما عن الآخر؟ ٧٠٩
إذا كان المكاتبون متفاوتي القيمة وقد كاتبوا دفعة واحدة، ثم اختلفوا فيما دفعوه إلى السيد ٧١٢

الموضوع — الصفحة

اختلاف السَّيد والعبد في أصلِ الكتابةِ أو أصلِ الأداء ٧١٤
اختلاف السَّيد والعبد في قدرِ النُّجومِ أو الأجلِ أو جنسِ النُّجوم ٧١٦
ما الحكم إذا كاتب عبدين، وأقرَّ بأنه قبض نجوم أحدِهما، ونكل عن دعوى الثاني؟ ٧١٩
إذا وضع عن المكاتب شيئاً من النجوم، واختلفا في قدره، فما الحكم؟ ٧٢٤
الحكم الثالث: حكمُ التصرُّفات ٧٢٥
القسم الأول: تصرفات السيد في المكاتب ٧٢٥
حكم بيع السيد رقبة المكاتب ٧٢٥
حكم معاملة السيد مع المكاتب بالبيعِ والشراء.......................... ٧٣٠
إذا ثبت للمكاتب دينٌ على سيده عن معاملةٍ، وكان للسيد عليه النجوم أو دين معاملة، فما هو حكم التقاصّ بينهما؟.. ٧٣١
حكم الوصية برقبة المكاتب.. ٧٣٥
حكم وصية السيد بالنجوم التي على المكاتب.......................... ٧٣٦
إذا كاتب عبده كتابة فاسدةً ثم أوصى برقبته ٧٣٧
ما الحكم إذا باع المكاتب كتابة فاسدة، أو وهب أو رهن، وهو جاهل بالفساد؟ .. ٧٣٧
حكم وصية السيد لورثته بوضع النجوم عن المكاتب...................... ٧٣٨
ما الحكم إذا أوصى بكتابة عبد بعد موته.............................. ٧٤٠
القسم الثاني: تصرفات المكاتب ٧٤١
حكم تبرعات المكاتب.. ٧٤٢
هل للمكاتب أن يشتري أحداً من أصوله وفروعه؟.......................... ٧٤٣
هل للمكاتب أن يشتري بالمحاباة أو أن يبيع بالغبن؟........................ ٧٤٤
هل للمكاتب أن يبيع بالنسيئة؟ ٧٤٤
هل للمكاتب أن يكاتب عبده أو أن يعتقه؟.............................. ٧٤٦

الموضوع **الصفحة**

إذا لزم المكاتب كفارة قتلٍ أو ظهارٍ أو يمينٍ، هل يكفر بالصوم أم بالمال؟ ٧٤٦
حكم تبرّعات المكاتب وتصرّفاته إذا كانت بإذن السيد........................ ٧٤٧
ما الحكم إذا كاتب المكاتب عبده بإذن السيد؟ ٧٥١
حكم نكاح المكاتب بإذن سيده.. ٧٥٢
ما الحكم إذا أذن السيد للمكاتب في التكفير بالإطعام أو بالكسوة؟ ٧٥٣
ما الحكم لو اشترى المكاتبُ من يعتِقُ على سيده؟............................ ٧٥٣
ما الحكم إذا وهب السيد من المكاتب بعض ابنه أو أبيه، فقبله.................. ٧٥٦
ما الحكم إذا استولد المكاتبُ جاريته؟ ٧٥٨
الحكمُ الرّابع: حكمُ الولد ٧٦١
إذا كانت الجارية حاملاً عند الكتابة ٧٦٢
إذا حدث الولد بعد الكتابة ٧٦٢
إذا ولدت المكاتبة جارية، ما حكمها؟....................................... ٧٦٥
هل تجب نفقة الولد على السيد؟.. ٧٦٦
إذا اختلف السيد والمكاتبة في ولدها، فقال السيد: ولدته قبل الكتابة، فهو رقيق لي
وقالت: بعد الكتابة فما الحكم؟.. ٧٦٨
حكم وطء السيد مكاتبته ٧٧٠
حكم وطء السيد أمة مكاتبته ٧٧٣
حكم وطء السيد بنت مكاتبته ٧٧٤
الحكمُ الخامس: حكمُ الجناية ٧٩٠
إذا جنى المكاتب على أجنبي بما يوجب القصاص في النفس والطرف، ثم عفا المستحق
على مالٍ، فما الحكم؟... ٧٩٠
حكم جناية المكاتب على سيده ٧٩٤

الموضوع الصفحة

ما الحكم إذا أعتق السيد المكاتب بعد جنايته عليه أو أبرأه عن النجوم؟ ٧٩٦
أحكام جناية عبد المكاتب ٧٩٧
أحكام الجناية على المكاتب ٨٠٠
إذا جنى السيد على طرف المكاتب وكان الأرش مثل النجوم، وحكمنا بالتقاصّ
وحصول العتق، ثم عاد السيد وجنى عليه جناية أخرى، فما الحكم؟ ٨٠٤
إذا أقرّ المكاتب بدين جناية، فهل يقبل على السيد؟ ٨٠٥

كِتَابُ عِتْقِ أُمَّهَاتِ الأَوْلَادِ

الأثر المترتب على استيلاد الأمة ٨١١
هل يجوز بيع المستولدة أو رهنها أو هبتها؟ ٨١٣
حكم أولاد المستولدة من السيد ٨١٦
حكم تزويج المستولدة ٨١٨
إذا زنى إنسان بأَمَة وأتت بولد من الزّنى ثم ملكها، فهل تصبح أمّ ولد له؟ ٨١٩
ما الحكم إذا اشترى أَمَة شراءً فاسداً وأولدها على ظنّ الصحّة؟ ٨٢١
إذا أولد الشريكان مكاتبتهما، ثم اختلفا وهما موسران فقال كل واحدٍ منهما: أنا
أولدتها وولدي هذا أولاً، فما الحكم؟ ٨٢٣
ما الحكم إذا استولد المرتدّ أَمَته؟ ٨٢٣
إذا أسلمت مستولدة الكافر، أو استولد جاريته بعدما أسلمت، فما الحكم؟ ٨٢٤
حكم من وطء جارية بيت المال ٨٢٥

* * *